

Martino

DELLA NUNCIAZIONE DI NUOVA OPERA

QUAL ERA, QUAL È, QUALE POTREBBE ESSERE

TRATTATO

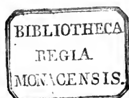
DI MARTINANGELO DE MARTINO

CON L' AGGIUNZIONE DI DUE OPUSCOLI DELLO STESSO AUTORE, IN QUESTA SECONDA EDIZIONE AUMENTATI CIOÈ

1. SU LA NATURA DELLE SENTENZE INTERLOCUTORIE E SU I LORO GRAVAMI.
2. SU GLI ABUSI DEL DIRITTO ROMANO, LORO CAUSE E RIMEDJ: SU LE SUE SCUOLE NELLE UNIVERSITA', E SU LE SCUOLE DI PERFEZIONAMENTO.



NAPOLI
DAI TIPI DI GAETANO RUSCONI
1845.





PREFAZIONE

Che il foro desiderava un Trattato su la nunciazione di nuova opera , *credo che niuno possa dubitarne. E niuno, credo, dubiterà, che il piano propostomi, cioè di considerarla,* qual era, qual è, e quale potrebbe essere, *è il migliore che si poteva ideare, così nel rapporto alla scienza, che al perfezionamento della legge. Il dubbio dunque sta soltanto a vedere, se io abbia bene eseguito tal piano : giudizio che appartiene per la scienza ai giureconsulti, per la legge agli uomini di stato. Se si dica, come mai, senza avere queste qualità, io abbia osato trattarne, rispondo :* Fungar vice cotis. *Ho fatto ciò che per me si poteva, e forse avrei fatto meglio, senza le frequenti intermissioni cagionate dalle mie occupazioni forensi.*

Se alcuno trovasse inopportune o lunghe le discussioni sul diritto romano, ed anche su la giurisprudenza francese, lo esorto a continuare la lettura, avendo io fiducia, che dopo aver egli finito di legger tutto e attentamente, cangerà di avviso, e le troverà in vece necessarie allo sviluppamento del piano. Senza di esse, io avrei dato delle cose una esposizione non esatta nè ragionata : non mi avrei preparato il criterio della giurisprudenza presente, nè le basi della riforma. Per giudicare della giurisprudenza, era necessario veder tutte le norme, vere e false, a cui si è appigliata, ed anche le omesse. Per vedere ciò che si potrebbe fare, io doveva rendermi conto di tutto ciò che si è fatto. E nel-

l' esaminare le opinioni di grandi giureconsulti , nazionali ed esteri , io doveva , anche per rispetto alla loro riputazione , non semplicemente accennare , ma sviluppare le ragioni che non mi permettono di essere del loro avviso. Da qualunque parte poi sia l' errore , la importanza è che si scopra. La giustizia guadagna sempre, e la gioventù ancora.

Io vi ho unito , con alcune aggiunzioni , due altri miei opuscoli che furono bene accolti dal pubblico , il secondo specialmente di cui era esaurita la prima edizione. Si vedrà il nesso che ha col Trattato *, e si troveranno in fine alcuni de' giudizj che ne furon dati nel regno e fuori. Il suo oggetto è di maggiore interesse ; ed io richiamo su di esso tutta l' attenzione de' giureconsulti filosofi , cioè di coloro che conoscono meglio ed amano da vero la giustizia ed il bene dei popoli.*

INDICE

PARTE I.

DELLA NUNCIAZIONE DI NUOVA OPERA, QUAL ERA PER DIRITTO ANTICO

SEZIONE I.

QUAL ERA PER DIRITTO ROMANO ANTI-GIUSTINIANEO

Teorie relative alla nunciazione di nuova opera ed agl' interdetti, sparse nel Digesto.

SEZIONE II.

Diritto Giustinianeo

Instituzioni

Codice

SEZIONE III.

QUAL ERA LA NUNCIAZIONE DI NUOVA OPERA DA GIUSTINIANO SINO AL 1738.

SEZIONE IV.

SEZIONE V.

PARTE II.

DELLA NUNCIAZIONE DI NUOVA OPERA , QUAL È

SEZIONE I.

DISPOSIZIONI LEGISLATIVE

SEZIONE II.

SEZIONE III.

PARTE III.

Della nunciazione di nuova opera quale potrebbe essere

SEZIONE I.

SEZIONE II.

SEZIONE III.







GIUDIZII DATI SU L' OPUSCOLO PRECEDENTE

FINE DEL VOLUME.

	ERRORI	CORREZIONI
pag. 27 —	cioscuno	ciascuno
30	nnnciazione	nunciazione
31	acquæ	aquæ
48	§ XXX	§ XX
51	DIGETTO	DIGESTO
60	Donato . . .	l' opera di Donato
73 75	*Foulan*	*Foulard*
127	32	33
141	anche negativamente	affermativamente
167	mataria	materia
168	incapucciato	incappucciato
176	credifore	creditore
183	*ti circuiti*	*li circuiti*
185	straordinarie	straordinario
186	irribizione	inibizione
187	sommario	sommaria
205	*coutrov.*	*controv.*
207	CONSIDERAZICNE	CONSIDERAZIONI
217	*tubulæ*	tabulæ
219	SANIGNY	SAVIGNY
222	è senza fallo »	è » senza fallo
225	riteнuta	ritenuta

PARTE I.

DELLA NUNCIAZIONE DI NUOVA OPERA, QUAL ERA PER DIRITTO ANTICO.

SEZIONE I.

Qual era per diritto romano anti-Giustinianeo.

§. I. *Definizione della nunciazione di nuova opera, sue cause, ed oggetto.*

Art. 1. Voët la definisce così: *Novi operis nunciatio nihil aliud est, quam legitima prohibitio, facta novum opus paranti, ne in opere pergat, donec de jure constiterit* — *Ad* Pand. hoc. titulo.

Einecio : *Est legitima prohibitio facta ei qui contra pristinam formam opus novum facere conatur, eum in finem ut non pergat, donec vel causa plane cognita, vel satisdatum sit*— Ad Pand. h. t.

Muhlenbruch : *Novi operis nunciatio est prohibitio, juris conservandi vel damni depellendi causa ei facta, qui rei ejusque immobilis, mutationem vel aedificando vel destruendo molitur* — Doctr. Pand. § 463.

Nella definizione di Muhlenbruch mancano i due termini dell' impedimento, indicati da Einecio, *donec vel causa plane cognita, vel satisdatum sit.*

Nella definizione di Voët manca uno di essi, *vel satisdatum sit.* Io credo che la definizione di Einecio è più esatta, secondo il diritto romano — Ma la più adattata al diritto nuovo è la definizione di Voët, siccome vedremo nella seconda parte di questo *Trattato.*

2. Le cause della nunciazione possono esser tre : *naturale, pubblica, impositizia.* La naturale è quando alcuno immetta nel nostro edifizio, o edifichi nel nostro suolo. Pubblica, se la novità è fatta in luogo pubblico, o contro la forma prescritta dalle leggi. Impositizia, quando alcuno dopo avere imposto al suo edifizio una servitù, fa un' opera contro la ser-

vitù: *Cum quis posteaquam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit* — L. 5, § 9 D. h. t. *

3. L' oggetto poi dell' impedimento è la conservazione di un diritto, o la prevenzione di un danno.

§ II. *A chi compete la nunciazione di nuova opera.*

4. Nell' interesse pubblico, compete ad ogni cittadino, meno i pupilli e le femine, a' quali è proibito d' istituire azioni popolari.

5. Nell' interesse privato compete a chi ha il dominio o il possesso, al superficiario, al possessore di servitù, al creditore pegnoratizio **

---

* La traduzione, che qualcuno ha dato di questo §, deve attribuirsi a disattenzione « *Qualificavasi imposta* o *impositizia* (così egli scrive) *quando taluno vedeva diminuito il suo diritto con aumento dell'altrui*» — Or nel senso di Pedio, riferito da Ulpiano, s' intende bene, che la concessione di una servitù diminuisce il diritto del cedente, e lo aumenta nel cessionario. Mal nel senso del traduttore sono inconcepibili quelle fasi di diminuzione e di aumento di diritto, perchè un attentato non toglie diritto al sofferente, nè lo da all' agente. E se producesse questi effetti, sarebbe stata impropria là denominazione *d' impositizia*: nè la causa impositizia differirebbe dalla naturale; che anzi nella naturale il possessore vedrebbe maggiormente diminuito il suo diritto con l' aumento dell' altrui. Pare che abbia sentito egli stesso l' imbarazzo della sua interpetrazione, giacchè cerca di spiegarla soggiungendo » che l' incremento di diritto altrui non è necessario che sia in fatto, bastando per avventura che sia in intenzione ed a senso di legge » — Ma chi ci spiegherà questa nuova genesi di diritto, *in intenzione*, *non in fatto*? Secondo la legge l' aumento del diritto nel fondo dominante, è *reale*, non intenzionale; ed è notevole, che Ulpiano aveva dato egli medesimo una chiarissima spiegazione di quella diminuzione ed aumento rispettivi di diritto: *hoc est,* (*cum quis*) *posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit.*

** L. un. § 3, D. de remiss.—L. 3 D. de nov. oper. nunc.—L. 9, eod.

In seguito mi asterrò di citare le leggi, quando sono nel tit. di cui tratto, al quale perciò intendo riportarmi.

Se poi fossero in titolo diverso, non mancherò di citarle; ed anche quando richiamo l' attenzione del lettore sopra qualche legge.

Surta poi là emfiteusi, gl' interpetri non han dubitato che competa la nunciazione di nuova opera al domino diretto ed all' emfiteuta.

6. Non compete al colono, all' inquilino, o ad altro precario possessore.* Ciò per legge romana; ma siccome i *coloni perpetui* di quà dal Faro, per le leggi su la divisione de' demanj, sono dichiarati proprietarj assoluti col solo peso di un censo riservativo redimibile (art. 17 e 19 Istruz. 10 marzo 1810) così è indubitato che loro compete la nunciazione di nuova opera.

E compete pure ai coloni *perpetui* in Sicilia, abbenchè siano semplici emfiteuti, art. 18, Istruz. 11 dicembre 1841. Differenza importante tra queste e quelle colonie perpetue

7. Non compete al socio contro del socio che edifichi in fondo comune. Può essere però impedito con l' azione *Comuni dividundo*, o più presto per mezzo del Pretore.

Idem, se il mio socio faccia un' opera nuova in fondo comune, la quale nuoccia al fondo di mio dominio esclusivo.

8. Non compete all' usofruttuario contro del proprietario, salvo a chiedere l' usofrutto se si rende deteriore per causa della nuova opera.

9. Ma contro di ogni altro vicino può l' usofruttuario impedirla? Secondo ULPIANO, non a nome proprio, ma sì bene *procuratorio nomine*. Secondo GIULIANO poi lo può: e deve intendersi a nome proprio, giacchè non dice, a nome altrui. Ed è notevole che è lo stesso ULPIANO che riporta la opinione di GIULIANO.

Ecco la prima legge — *Usufructuarius autem opus novum nunciare suo nomine non potest: sed procuratorio nomine nunciare poterit, aut vindicare usumfructum ab eo, qui opus novum faciat: quae vindicatio praestabit ei, quod ejus interfuit, opus novum factum non esse* — L. 1, § 20 D. *de nov. op. nunc.* (Ulp. lib. 52 ad Edict.)

La seconda legge è questa: § 3. *Ius habet opus novum nunciandi qui aut dominium aut servitutem habet* — § *4* — *Item Iuliano placet, et fructuario vindicandarum servitutum jus esse,*

---

* Secondo BRUNEMANNO, compete la nunciazione di nuova opera anche al fittajuolo *a lungo tempo*, ed esser questa la comune opinione. GOMEZ vi mette la condizione, se il locatore è assente.

secundum quod opus novum nunciare poterit vicino, et remissio utilis erit: ipsi autem domino praedii si nunciaverit, remissio inutilis erit: neque sicut adversus vicinum ita adversus dominum agere potest, jus ei non esse, invito se, altius aedificare, sed si hoc facto usufructus deterior fiat, petere usumfructum debebit. Item Julianus dicit de caeteris, quibus aliqua servitus a vicino debetur — L. un. § 4, D. de remiss. (*Ulp. lib. 71 ad Edict.*)

Alcuni interpetri sieguono l' avviso di ULPIANO, senza incaricarsi di quello di GIULIANO (Muhlen. op cit.) Altri per togliere l' antinomia, dicono che ULPIANO riferiva la opinione di GIULIANO senza però approvarla. Ma avvedutisi che alla loro interpetrazione ostano le parole di Giuliano, *utilis*, *inutilis*, messe in antitesi, correggono il testo, permutando il sito di tali parole (Cujac. Obs. lib. 1, cap. 16, et lib. XVI, c. 31)

Non vi è bisogno, rispondono altri, di correggere il testo. Poichè l' usofruttua.io ha il diritto di vindicare la servitù, può per conseguenza nunciare la nuova opera al vicino. Ma siccome la vindicazione della servitù compete al solo proprietario, ed a nome soltanto del proprietario può essere esercitata dall' usofruttuario, perciò la nunciazione, che costui facesse contro del suo autore, sarebbe *inutile* — Così *Duareno*, *Wissembachio* e *Marano*, seguiti da *Pothier*.

Secondo VOËT, ULPIANO fece sua la opinione di GIULIANO, ma nel senso però che l' usofruttuario, nella vindicazione della servitù, e nella nunciazione di nuova opera, rappresenta sempre il proprietario. *Ad Pand. tit. Si servit. vind.*

NOOD, Observ. lib. I, cap. 16 - et lib. XVI, cap. 31, dice, non esser mai venuto in mente ad ULPIANO nè a GIULIANO, che l' usofruttuario potesse a nome proprio vindicare una servitù, e nunciare la nuova opera; perciocchè dell' azione confessoria essi trattarono altrove. Qui ne parlano solamente per ciò che riguarda la nunciazione di nuova opera, cioè della vindicazione *procuratorio nomine*. Ciò apparisce più certo e più chiaro da che l' uno e l' altro danno all' usofruttuario la vindicazione di servitù e la nunciazione di nuova opera contro del vicino: ma gliela negano contro del proprietario, perchè sarebbe assurdo sperimentarla contro di quello stesso, a nome del quale si sperimenta — *De usufr. cap. XV*.

EINECIO parlando di coloro che possono, o non possono

nunciare la nuova opera, non nomina gli usofruttuarj. Ma altrove li mette tra quelli che hanno l' azione confessoria, e ciocchè è più, cita il § 4, l. un. D. de *remiss.*, dove si dà all' usofruttuario la nunciazione di nuova opera contro del vicino — *Ad Pand. tit. De nov. oper. nunciat* — *tit. Si serv. vindic.*

Taglioni dà all' usofruttuario l' azione confessoria *utile*: nulla poi dice, se possa impedire la nuova opera — (Cod. civ. col confr. delle leggi rom.)

A me sembra evidente che Giuliano, o per dir meglio, la seconda legge dà anche all' usofruttuario il diritto di vindicare le servitù, *et fructuario vindicandarum servitutum jus esse*; e per conseguenza il diritto d' impedire al vicino la nuova opera, *secundum quod opus novum nunciare poterit vicino*; purchè però il vicino non sia il proprietario del fondo soggetto all' usofrutto, *ipsi autem domino praedii si nunciaverit, remissio inutilis erit*. Ed affinchè non si prendesse analogia dalla facoltá datagli contro ogni altro vicino, soggiunge: Non perchè può l' usofruttuario farla valere contro del vicino, si può indurre che la possa anche contro del proprietario, *neque sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere poterit*. Dunque tutta la meraviglia degl' interpetri sulla discrepanza di Giuliano con Ulpiano ed altri giureconsulti, o di Ulpiano con se stesso, e tutti i loro sforzi per metterli in armonia, non distruggono il fatto, cioè la esistenza di quella legge, e de' suoi rapporti con le altre. Quell' *Item* messo da Ulpiano tra le sue teorie, e quella che aggiunge di Giuliano, senza disapprovarla, importa, per forza di vocabolo e per solito stile di *Ulpiano*, continuazione di dottrine sulla materia, e continuata indicazione delle persone a cui competa la nunciazione di nuova opera. Del resto, checchè Ulpiano avesse in sua mente pensato della opinione di Giuliano, questa è divenuta legge, come legge è divenuta la sua teoria. Dunque in vece di attendere alle origini rimote, donde Giustiniano trasse quelle leggi, consideriamole in loro stesse. Ora confrontatele tra loro, è impossibile non trovare che la seconda (*per sito*, giacchè sono sincrone per sanzione) dica ciò che non dice la prima. Sostenere che a Giuliano e ad Ulpiano non sia venuto in mente che l' usofruttuario possa a nome proprio vindicare la servitù e nunciare la nuova opera, mentre Giuliano lo

aveva scritto, ed ULPIANO lo ha riferito, mi pare cosa alquanto ardimentosa. Conchiudo: che l' usofruttuario posa impedire al vicino la nuova opera, non vi è dubbio. La impedirà *procuratorio nomine*, o a nome proprio? Ciascuno può scegliere come gli aggrada, giacchè GIUSTINIANO sanzionò l'uno e l' altro avviso, senz' avvertire alle conseguenze, o piuttosto alla difformità de' principj.

10. Ho detto che la nunciazione di nuova opera compete al possessore di servitù. Ciò richiede una spiegazione. Evvi una legge (l. 14, D. h. t.) la quale al possessore di una data servitù di passaggio, *via*, nega in modo assoluto la nunciazione di nuova opera, lasciandogli l' azione (*confessoria*) di vindicare la servitù. Come conciliare questa teoria col principio stabilito in altre leggi, cioè che il diritto ad una servitù contiene quello d' impedire ciò che si opponga all' uso della medesima? Come conciliarla col principio speciale, cioè che la nunciazione compete a chi gode di una servitù? Molte sono le opinioni degl' interpetri.

DUARENO, che ne contava fino a dodici, giustifica quella legge per la ragione che la nuova opera non impedisca il passaggio — C. h. t. et ad l. 5, § 10.

Altri: perchè riguarda servitù discontinua.

DONELLO: perchè ne' fondi rustici, dove le opere sono urgenti, non si ammette impedimento ad opera nuova, abbenchè con altra azione si ottenga lo stesso: lib. XV. §. 32 et 38.

BRUNEMANNO: È ammessa la nunciazione nelle servitù urbane, non nelle rustiche, perchè nè poderi la proibizione di nuove opere, che debbono farsi in tempi determinati, sarebbe pericolosa. Ed esser questa la comune opinione — Ad Pand h. t.

ILINGERO: deve distringuersi, se la via fu data precisamente per quel luogo dove si edifica, o fu data indeterminata una via; nel primo caso è ammesso l' impedimento, non è ammesso nel secondo. Ad Donel. nota (8)

VINNIO: distringuete se sia il domino che edifica, o un estraneo. Contro l' estraneo, è sempre ammessa la nunciazione di nuova opera. Contro il domino poi, distringuete ancora, se offende direttamente la servitù, o indirettamente. Nel primo caso è ammessa la nunciazione; nel secondo non è ammessa — *Partit. jur. h. t.* E cita FABRO, 19 Conj. 5.

Cujacio: gl' interpetri si battono senza risultato, e volendo esser creduti sulla loro parola. La cosa è molto chiara. Distinguete le servitù che consistono principalmente nel diritto d' impedire la nuova opera (come sono quelle: *altius non tollendi — ne prospectui vel luminibus officiatur — oneris ferendi*) dalle altre servitù. Per quelle compete la nunciazione; per le altre compete solo il diritto di riclamare la servitù. Obs. lib. 1, cap. XVII.

Pothier siegue la opinione di Cujacio — *Pand. Instin h. t.*

Voët: Tutte le servitù, così rustiche che urbane contengono il diritto di nunciare la nuova opera, quando però questa impedisca totalmente l' uso della servitù. Che se l' uso possa trasferirsi in altra parte del fondo, come sarebbe il passaggio di cui parla la legge citata, allora cessando il diritto d' impedire l' edifizio, rimane quello di domandare che si assegni altro luogo alla servitù. *Comm. ad Pand. lib.* 8, t. 11; et 12 *et t. VII. n.* 8.

Merlin: questa è la conciliazione più semplice, in confronto delle altre che sono fantastiche—*Quaest. de droit—Denonciation de nouvel œvre* § 1. 4. edit.

Per me la opinione di Voët non è esente ella stessa da difficoltà; perciocchè oltre di dire ciocchè quella legge non dice, incontra un ostacolo in altra legge la quale, benchè l'edifizio, ugualmente che la servitù di passaggio *iter*, fossero limitati ad una parte soltanto del fondo, nondimeno inibisce l' edifizio, anziche trasferire altrove la servitù: » *Si eo loco per quem mihi iter debetur, tu aedificaveris: possum intendere jus mihi esse ire, agere: quod si probavero, inhibebo opus tuum:* L. 9, D. si serv. vind. — Come mai si può concedere a Voët che questa legge sia ristretta al caso che l' edifizio occupi tutto il fondo serviente, mentre parla di luogo, e di quel luogo che era destinato alla servitù? *Locus est non fundus sed portio aliqua fundi:* L. 60 D. de v.o. È inverisimile ancora che un fondo serviente consista tutto in quella lingua di suolo che si assegna al passaggio: è anzi verisimile che una parte soltanto del fondo sia addetta al passaggio. Ora quest' ultima ipotesi che per presunzione è ammessa nella prima legge e fa la base della interpetrazione di *Voët*, resta esclusa nella seconda legge non solo per presunzione, ma per proprietà ancora di linguaggio.

Convengo che questa legge faceva dipendere dalle pruove della servitù la inibizione dell' opera, ma le pruove potevano esser fatte così presto da colpirla nello stato d' imperfezione, al quale sembra alludere la stessa legge: *inhibebo opus tuum* *. Allora, cangiati il nome e la natura dell' azione, il risultato principale sarebbe lo stesso che della negata nunciazione di nuova opera.

Che diremo dunque? diremo che quelle leggi, prese da diversi autori, non sono di accordo. La varietà e gli sforzi degl' interpetri nascono dal supporle uniformi, e che siavi qualche mezzo non ancora scoverto da sgombrare l' apparente antinomia. Forse eravi qualche ragione da negare la nunciazione di nuova opera in quella servitù di passaggio, riservandole invece l' azione confessoria. Ma nello stato presente l' antimonia è positiva; e voler negarla è lo stesso, che obbligare le vostre orecchie a sentire in due corde dissonanti l' unisono.

§. III. *Con quali condizioni, e con quali precauzioni si fa la nunciazione di nuova opera.*

11. — Le condizioni sono

1.° Che l' opera sia imperfetta, ancorchè non si sappia a che tenda: ** perciocchè se fosse già compiuta, cessa l' editto

---

* *Ut opus . . . . . per nunciationem inhiberetur*, dice altra legge, cioè la legge prima D. h. t.

** Poichè è della natura di quest' azione impedire la elevazione dell' opera, dev' essere parimenti conforme allo spirito della legge, ed all' interesse dello stesso novatore, che l' impedimento avvenga sul principio dell' opera, anziche nel suo progresso: e meglio se la prevenga ne' suoi preparativi. *Hoc Edictum . . . adversus futura opera inductum est, non adversus praeterita: hoc est adversus ea quae nondum facta sunt ne fiant*, l. 1. §. 1, D. h. t. --- *Potest autem quis nunciare etiam ignorans, quod opus fieret*, §. 8 eod -- *Sive quis ædificet, sive inchoet aedificare*, l. 5, § 2, eod. Quindi sembra che il vicino, che vedesse preparati i materiali per edificare, pronti gli operaj, incominciato lo scavo delle fondamenta, e simili, potesse denunziare la nuova opera. Ma un altra legge, invece di contentarsi di preparativi o di principio di esecuzione, richiede che la costruzione presenti già una certa forma, e l' aspetto gia fatto di un opera: *Opus factum accipimus, non si unum vel alterum coementum sit impositum: sed si proponatur instar quoddam operis, et facies quaedam facta operis* l. 21, § 3, D. h. t. Secondo Voet il senso di questa legge è che in questo modo e non altrimenti si

della nunciazione di nuova opera, e bisogna passare secondo i casi, ad uno degl' interdetti — *Quod vi aut clam* — *Quod in loco sacro vel publico* — *Quod in flumine publico ripave publica factum erit.*

2.° che sia infissa al suolo. Le operazioni del mietere putare tagliare alberi, non appartengono a questo editto.

3.° che si cangi la pristina forma del luogo, sia con la edificazione, sia con la demolizione.

4.° che non si tratti o di puntellare l' edifizio antico, nè di rifare o purgare acquidotti, o cloache, nè di opere nelle quali il ritardo induca pericolo.

Non fa condizione il caso, che il fondo dove s' intraprende la nuova opera, debba essere contiguo al mio. Ancorchè tra il mio fondo ed il fondo superiore dove si fa la novità, interceda altro fondo, nondimeno posso impedirla, perchè anche tra fondi, separati da fondi intermedj, possono esservi delle servitù.

12 — Le precauzioni sono:

1.° Il così detto giuramento di calunnia, cioè di agire di buona fede, non per dispetto. Giuramento reso poi comune ad altri giudizj, ed al reo convenuto.

2.° Se la nunciazione è fatta *procuratorio nomine*, deve il procuratore dar cauzione che il suo fatto sia ratificato dal domino, ancorchè egli fosse vero procuratore *.

§. IV. *Dove si fa la nunciazione, a chi, come, quando?*

13 — La inibizione deve farsi nel luogo stesso dove si fa l' edifizio, affinchè si desista subito: Ciocchè non si conseguirebbe, se fosse fatta altrove; nel qual caso sarebbe di niun momento.

---

può conoscere, se l' opera intrapresa possa nuocere al vicino, e quindi dar luogo alla inibizione. Marano crede che la legge non riguarda allo stato de' lavori ma si bene alla stipulazione *de opere restituendo*, e perciò non osta che si possa impedir l' opera, ancorchè il vicino non abbia cominciato a edificare, ma vi si accinga. Questa interpretazione non piace a *Pothier*, benchè abbia a favore la circostanza che ivi prima e dopo si tratta effettivamente della stipulazione *de opere restituendo.*

* Cioè, dicono gl' interpreti, se si dubita del mandato, o il mandato non sia speciale.

Se l' opera si faccia in più luoghi, bisognano altrettante inibizioni.

14 — La inibizione è reale, non personale, e perciò non è necessario che sia fatta direttamente al proprietario: basta farla al possessore, o ad altri che assista all' opera, qualunque egli fosse, servo, donna, ed anche minore non autorizzato da tutore. Si può farla ancora ai fabbricatori, agli operaj.

15 — Se il fondo, dove si fa l' edifizio, appartenga a più persone, basta fare la inibizione ad un solo.

Per l' opposto se sono più i condomini del fondo, a danno del quale si edifica, ciascuno deve farla, perchè può essere che non tutti abbiano diritto ad impedir l' opera.

16 Ha luogo la nunciazione non solamente, se il vicino faccia la nuova opera nel suo fondo, ma anche se la faccia nel nostro suolo, ovvero voglia immettere o sporgere nel medesimo *.

17. La inibizione può farsi privatamente o per mezzo del Pretore.

La inibizione privata è verbale, o simbolica. La verbale è: *Denuncio tibi, ne quid in illo loco novi operis me invito facias.* La simbolica si fa per segni, opponendo ai novatori una mano, o lanciando verso di essi una pietruzza **.

18 — L' attore deve spiegare se intende proibir tutta l' opera o una data parte soltanto, e ciò affinchè l' avversario sappia, se debba desistere interamente, o in un sito solamente.

19 — Affinchè si conosca in quale stato erano le novità nel momento della proibizione, si facevano avvertire a' testimoni, ovvero per ordine del Pretore si prendevano i modelli e si collazionavano.

20 — La nunciazione poteva farsi in tutti i giorni. Ma se dovesse farsi contro lo stesso Pretore, il quale in quel momento esercitasse il suo uffizio, bastava dichiararla a' testimo-

---

* Tornerò su questo punto nella seconda Parte

** *Per lapilli jactum.* Altrove *lapilli jactu -- lapillum jactanti*; l. 6 D. si servit. vind. — L. 20 D. *quod vi aut clam.* Alcuni opinano che per segno della proibizione si poteva sbaragliare i materiali preparati per l' edificio. V. *Brunem.* -- Maffei Osserv. a Domat.

ni, perciocchè al tempo di questa protesta si retrotraeva la denunzia che posteriormente gli era fatta *.

21 — Si è detto che la nunciazione può farsi in tre maniere: bisogna agggiungere qualche osservazione sulle loro differenze. La differenza più importante è che la Pretoria e la simbolica conservavano al nunciante i beneficj del possesso: la verbale li passava al novatore: L. 1, § 5, D. h. t. — L. 5, § 10 eod. — L. 6, § 1. D. si servit. vind. — E perciò *Ulpiano* consiglia di adoperare una delle due prime, quando la nòvità si fà nel nostro fondo. Quindi non dice bene Einecio, quando prende per precetto ciò che è consiglio, e quando esige la inibizione Pretoria contro chi edifica nel nostro, la privata nel suo; così che attribuisce alla sola inibizione Pretoria il vantaggio che l'è comune con la simbolica: Ad Pand. h. t.

Donde nasce la differenza? Gl' interpetri si son messi a tortura per giustificarla: Accursio dice che chi inibisce con le sole parole si mostra meticoloso e timido, e quindi deponga l'animo di possedere; ciocchè non avviene negli altri modi — *Duareno*: col permettere di edificare mediante cauzione, si viene a trasferire al novatore il possesso — No, risponde *Vaud*, con le parole non si trasferisce il possesso, ma data che sia la cauzione, e quindi sciolta la inibizione, s'intende con ciò costituito possessore l'avversario — *Vissembachio*: la nunciazione col getto del lapillo non lascia facoltà di dar cauzione per continuar l'opera, e perciò si ritiene il possesso — *Roberto*, lib. 3 sent. colui che dice inibire l'opera, si fà attore e con ciò confessa che il reo possiede. Ma quando gitta un lapillo, resiste. E se ricorre al Pretore, è il Pretore che di officio inibisce l'opera — *Ilingero* approva come più soddisfacente l'av-

* *Muhlenbruch* nella rispettata sua opera, sopra citata, crede: 1. che quando non si poteva nunciar l'opera *more solito*, cioè sopra luogo e verbalmente, allora si nunciava al Pretore: 2. che questo modo (suppletorio) di nunciare, importava, che, se dopo si nunciava l'opera sopra luogo, doveva distruggersi anche ciò che erasi fatto dopo la nunciazione fatta al Pretore.

Così l'autore non solamente sconosce la nunciazione Pretoria, ma trasferisce gli effetti della nunciazione che si faceva *contro* del Pretore alla nunciazione che si faceva *d'ordine* del Pretore, o direttamente dalla parte; e tutto ciò contro testi espressi di legge.

viso di *Roberto* — *Zasio* taglia il nodo, dicendo che la nunclazione per causa di servitù non fa perdere il possesso.

22 Più difficile è render ragione, perchè una dichiarazione chiara e precisa contro il cominciamento dell' opera, valesse meno per l' autore che un semplice segno, facilmente non avvertito ed equivoco. Secondo un recentissimo scrittore, ciò fu » nel lodevolissimo fine di non unire nel denunziatore il doppio beneficio del luogo suo proprio e della nuda parola, per commettere forse una soverchieria » (*Temi napol.* pag. 365) — Ma non intendo come con lanciare un lapillo si evitasse la temuta soverchieria; nè come questa supposta precauzione influisse nel possesso del nunciante.

Se dovessi avventurare la mia opinione, direi che tra popoli barbari e conquistatori, quali furono i romani, le parole valgono meno de' cenni. Un bravo fa cenni piuttosto che parole. La mano presso i romani faceva tutto : *Manu - capio*, donde *man - ceps* — *man-cipium* — *e-man-cipatio* — *manu-missio* — *manu-biæ* — *mani-pulum* — *man-datum* — *manus consertæ* - *mulier in manum conventa* - *traditio brevi manu* — *vel longa manu* — *manum injicere* — *manum vertere* — *j lictor colliga manus*-*usu* - *capio* — *mortis causa capio* — *pignus* da *pugnus* - e *pugno da pugnus* etc.

23 Alcuni dicono essere unica la nunciazione di nuova opera e propriamente la verbale, e che la simbolica e la Pretoria sono rimedj distinti, e preparatorj dell'interdetto *Quod vi aut clam* (Recit. in ff. Profess. Lovan. h. t.) — Altri riprovando la divisione della nunciazione in *verbale* e *reale*, la dividono piuttosto in privata e pubblica, quantunque la pubblica sia a loro avviso impropria, e sussidiaria (*Muhlenbruch*. h. t.) Gli uni e gli altri però riconoscono, che tutte tre sono mezzi da impedire la nuova opera; e che la differenza tra la verbale e le altre due specie non è di parole, ma è ben importante in quanto al possesso. Dunque la stessa differenza in quanto al possesso, giustifica la distinzione della nunciazione reale dalla verbale. E la giustificano due delle leggi citate da *Muhlenbruch* per combatterla ; cioè la l. 5, §. 10, D. h. t, dove *Ulpiano* facendo avvertire la loro differenza nel possesso, consiglia, quando convenga usar l'una, e quando l'altra ; non che la l. 20, § 1, D. *Quod vi aut clam* : » *Prohibitus. . . . . intelligitur quolibet prohibentis actu : idest vel di-*

contis se prohibere (e questa è la nunciazione verbale)*vel manum opponentis, lapillumve jactantis prohibendi gratia,* ciocchè fa la nunciazione reale o simbolica. È chiaro dunque che agli antichi giureconsulti romani non fu ignota, come si pretende, tale distinzione; che anzi essi la stabilirono, e ne indicarono la differenza.

Trovo più fondato l'avviso di *Voët*, cioè che quantunque la *nunciazione* di nuova opera, stando alla proprietà del vocabolo, indicasse la inibizione verbale , non lascia però di comprendere come genere le altre due specie.

Sul merito poi della divisione in privata e pubblica, ella è regolare, ed io l'hò adottata. Ma la privata dev'essere suddivisa in verbale e simbolica. Indi fare da capo la divisione in quanto agli effetti, mettendo in una classe la sola verbale, nell'altra la simbolica e la Pretoria. E perchè la importanza sta nell'effetto di ciascuna , così si abbrevia dividendole nel numero , indi negli effetti.

§. V. *Conseguenze della inibizione — Interdetto restitutorio — Interdetti* Quod vi aut clam, vel uti possidetis : *rinvio.*

24. Fatta comunque la inibizione in uno de'tre modi indicati, il novatore deve subito desistere — Non può allegare di essere stato assente, di avere ignorato l'impedimento; nè può essere scusato dal suo stato di furore , o d'infanzia : nè opporre che l'impedimento manchi di fondamento legale.

25. Le parti debbono adire il Pretore: il novatore per far togliere la inibizione , il nunciante per farla confermare fino al giudizio nel merito.

26. Se mai dopo la inibizione si proseguisse l'opera, il Pretore , senza attendere se la proibizione era giusta o ingiusta, ordina la demolizione dell'innovato dopo la proibizione, ed ancorchè la proibizione fosse evidentemente mal fondata. E se dopo la contravvenzione , il novatore prevenendo la querela dell'attore , cominci egli ad agire , onde provare che aveva diritto a edificare, nondimeno il Pretore gli niega l'azione , ed in vece fa demolire *.

---

* V. su di ciò la seconda parte di questo *Trattato.*

27. Quest' interdetto, che dicesi *restitutorio*, non è annale ma perpetuo, e passa all' erede, ed altri successori: a differenza della semplice nunciazione, come vedremo.

28. La ripristinazione delle cose, com' erano al tempo dell' impedimento, essendo individua, si esegue interamente, ancorchè fossero più gli eredi del contravventore. E compete contro colui che abbia contravvenuto, o ratificato la contravvenzione.

Se l' attentato è fatto da uno de' condomini senza intelligenza degli altri, egli solo è tenuto per l' intero.

29. Se dopo la inibizione, il fondo sia venduto, ed il compratore edifichi, chi sarà tenuto per la contravvenzione, il venditore o il compratore? Il compratore, risponde una legge (l. ult. D. h. t.) perchè la inibizione non è personale, e perciò è tenuto colui che possiede il fondo dove la inibizione fu fatta. Altra legge dà l' azione in *factum* contro del venditore, per la ragione che contro del venditore non si potrebbe agire con la nunciazione di nuova opera, perchè nulla ha fatto; nè contro del compratore perchè la inibizione non fu fatta a lui: L. 3, § 3, D. *de alienat. jud. mut. caus.* — La discordanza di queste leggi mi pare evidente, malgrado gli sforzi degl' interpetri conciliatori.

30. Quid se l' autore dell' attentato fosse morto? Secondo una legge, compete contro l' erede l' interdetto e l' azione *in factum* (l. 20 § 8, D. h. t.) Ma secondo altra legge l' erede non è tenuto che a permettere che si demolisca l' opera, perchè la ripristinazione delle cose essendo una pena dovuta al contrawentore dell' interdetto, non passa all' erede, l. 22 eod.

31. Messa a parte la non concordanza di queste leggi, può notarsi sulla seconda, che la riparazione di un danno non è propriamente una pena personale, è piuttosto un' obbligazione un debito che passa come tutti i debiti all' erede. Aggiungete che messo il principio che la inibizione è inerente al fondo, indipendentemente dalle persone, così che ne è risponsabile il compratore benchè ha potuto ignorarla, a maggior ragione dovrebbe risponderne il successore universale che è tenuto alla colpa del defunto. *Sed ita lex scripta est.*

32 — L' interdetto *restitutorio* colpisce indistintamente tutte le novità fatte in contravvenzione, o che sian fatte nel fondo del novatore, o in quello del nunciante.

Contro di queste ultime il nunciante può invocare anche

gl' interdetti, *Quod vi aut clam*, o l' *Uti possidetis*, de' quali parleremo a loro luogo.

§ VI. *In quali modi cessa la nunciazione di nuova opera — Interdetto proibitorio.*

33 I modi come cessa la nunciazione di nuova opera, sono:
1° Se il nunciante ricusi di prestare il giuramento di calunnia;
2° Se il Pretore dopo aver dato l' ordine della proibizione, lo rivochi *contrario imperio* — L. 16 D. h. t. *
3° Se il Pretore, esaminando sommariamente il merito, e trovando che il nunciante non aveva nè dominio, nè servitù, tolga la inibizione; ciocchè dicesi *remissio*; l. 19, eod. — L. unic. § 2, D. de remiss.

In tal rincontro chi chiede la remissione a nome dell' inibito, deve dar cauzione: l. 5, § 19 eod. — E se per lo nunciante intervenga un procuratore, il Pretore provvederà *ne falsus procurator absenti noceat*. L. 13, § 2, eod. — Come provvederà? con esigere un mandato autentico? o una cauzione? o la comparsa personale del nunciante? È incerto: tutto è lasciato alla sua prudenza.

4°) Cessa con la morte del nunciante,
5°) o con l'alienazione del suo fondo, *perchè*, dice Paolo, *con questi modi cessa il diritto di proibire*, L. 8, § 6, D. eod. ** Salvo all'erede o all' acquirente di rinnovare a nome suo la

---

* In questa legge *Muhlenbruch* non vede altro che il decreto del Pretore, il quale rinvii la parte a fare la nunciazione *more solito* — V. la mia nota sotto all'art. 20.

** Di questa oscura ragione, *Ilingero* dà una spiegazione, che non toglie la difficoltà, e non sembra legale. Egli dice che la nunciazione è un fatto, nè ha cosa di comune con la obbligazione. Ed alla objezione che egli stesso si propone, cioè che per regola una istanza del defunto passa all' erede, replica con *Duareno*, che quì è nna *preparazione di giudizio futuro* — Ma quand' anche fosse preparazione (ciocchè non pare) di giudizio futuro, in altra materia e piuttosto odiosa, la semplice preparazione della querela passava all' erede, anzi la semplice minaccia — L. 7 *D. de inoffic. testam.* — Direi piuttosto che la franca affermazione del giureconsulto *Paolo* non lascia dubitare, che realmente con la morte e con l' alienazione estinguevasi il diritto di proibire; e che la ragione della estinzione starà in qualche punto che ci è ignoto della loro tenebrosa giurisprudenza.

nunciazione. Per gli attentati commessi malgrado la inibizione, compete sempre l' interdetto restitutorio, come si è detto.

6° Si estingue per rinunzia del nunciante.

7° Finalmente cessa se il novatore dia cauzione di demolire l' edifizio, qualora il giudice dichiarasse non aver diritto a farlo. Utile temperamento, dice una legge, perchè mentre provvede al diritto dell' attore per la eventuale demolizione da lui sperata, non impedisce intanto al reo la continuazione dell' opera * — La cauzione dev' essere accettata dal nunciante; ma se opponga egli stesso ostacoli onde non fosse data, ovvero la rifiutasse indoverosamente, s' intende come prestata.

34 Se i novatori sono più, basta la cauzione di un solo, perchè la reintegrazione dell' opera non può farsi per parti.

E se più sono i nuncianti, la cauzione dev'esser data a ciascuno, a meno che convengano di riceversi da un solo.

35 Con la cauzione non solo si assicura la ripristinazione dell' opera, quando ne sia il caso, ma anche la riparazione del danno.

36 Ciò per l' impedimento che si fa in luogo privato. Per quello che si fa in luogo pubblico una legge (l. 8. § 3, D. h. t.) dice che per poter continuare l' opera, basta la semplice promessa (*repromissio*) di demolire. Altra legge dice non bastare la promessa, ma esser necessaria la cauzione, per la ragione che non deve permettersi di edificare in luogo pubblico, primache si vegga se si ha diritto di edificare: L. 20, § 13 eod.

Sul modo di conciliare queste leggi sono varie le opinioni degl' interpetri. POTHIER dice, che la promessa estingue la nunciazione, e quindi libera dall' interdetto *restitutorio*, ma non dà il beneficio dell' interdetto *proibitorio* — Altri: che quì si tratta di colui che per suo privato interesse ha impedito che si edificasse in luogo pubblico — FABRO sostiene esser corso un errore del copista nella seconda legge, scrivendo

* Quindi è in errore colui che ha detto » che dopo prestata la securtà, il Pretore passava alla cognizione del merito »— Imperciocchè una legge dice invece, che la cauzione libera dalla vessazione di adire il Pretore, onde togliesse la inibizione: L. 5, § 17. D. h. t. Il petitorio non apparteneva al Pretore, come vedremo nel § seguente.

in publico, in vece di *in eo loco*: Conject. lib. III, cap. 8. Ed il suo avviso è adottato da VOËT.

La prima opinione, oltre di non essere giustificata, contiene la inconseguenza di togliere l' impedimento, e di ripristinarlo indirettamente; e di più dà luogo a vie di fatto—La seconda è fondata sopra semplice ipotesi, di cui la legge non offre alcun rastro—La terza tutto che probabile, non è ammessibile, perchè non è dato agl' interpetri la pericolosissima facoltà di correggere il testo, sotto colore d' interpetrarlo—Che fare dunque? L' una non essendo meno legge che l' altra, il giudice ha *l' arbitrio autorizzato* di preferire quella legge che gli aggrada, senza che si possa fare annullare la sua sentenza.

37 Data la cauzione, o riputata come data, è vietata ogni via di fatto contro la continuazione dell' opera: ciocchè è l'oggetto dell' interdettto *proibitorio*, il quale dura oltre l' anno, e compete ancora all' erede, e ad altri successori del nunciato.

38. Se la cauzione venga a mancare per insolvibilità del fidejussore, ovvero il nunciante, il quale prima l' avesse rifiutata o impedita, sia pronto ad accettarla, cessa l'interdetto proibitorio; finchè, credo, sia data nel primo caso altra cauzione, o finchè sia ricevuta nel secondo la cauzione offerta; l. 20 in fin. h. t.

39. Se le vie di fatto vengano da parte del procuratore del nunciante, e si agisca contro di lui con l' interdetto proibitorio, non è inteso se prima non dia cauzione *judicatum solvi*. Ma non si può opporgli alcuna eccezione sul mandato, nè pretendere cauzione *de rato*; l. 5 et 6, D. h. t.

§. VII. *Giudizio petitorio dopo la nunciazione di nuova opera, o prima*

40. O che il Pretore vietava la esecuzione dell' opera, o che per l' opposto avesse negato da principio la inibizione, sempre rimanevano intere alle parti le azioni *legittime*: l. 19, D. h. t. — Lo stesso deve intendersi, se l' opera era permessa con cauzione.

Le azioni *legittime* erano, la vindicazione, le azioni *confessoria* e *negatoria*, ed in generale le azioni che nascevano dal diritto d' impedire o di fare l' opera: l. 1, 2, 14 D. h. t. — L. 3, § 8, D. *de rivis* — L. unica, § 4,

D. de remiss. — Il Pretore dava il giudice , e la formola dell' azione , e davanti al giudice destinato andava l' attore a sperimentarla.

41 — Talvolta non vi era luogo neppure ad azioni ordinarie. E ciò avveniva, quando davanti al Pretore, il nunciante, o il nunciato, avesse confessato il suo torto ; cioè se il nunciante in esporre il motivo della inibizione , avesse messo in chiaro di mancargli il diritto ad inibire ; o se il convenuto avesse parimenti riconosciuto non aver diritto a edificare. In ciascuno di tai casi , il Pretore doveva negargli l' azione , siccome apparisce dalla l. 6 , § 2 , D. de *confessis* , presa dallo stesso ULPIANO

Di questo avviso è anche *Savigny*, in materia di editti Pretorj, toccando appena la nunciazione di nuova opera. Per gl' interdetti poi crede che » se il convenuto ammetteva l' asserzione dell' attore , allora tutto era terminato : ma se la impugnava , ovvero opponeva qualche eccezione , allora si dava un *judex* o un *arbiter*, e così ciò che in principio era stato pronunziato come comando del Pretore, si cambiava poi da se nella istruzione del giudice (*formula*) e poteva divenire estremamente intricata » (*Savigny* op. cit. § 34) Egli si appoggia soprattutto ad un passo delle instit. di Gaio, ed all' autorità di *Cicerone pro Coecina*. E nota che falsamente si attribuisce allo stesso Pretore l' esame (*notio*) e la decisione (*judicium*) dal *Sigonio*, dal *Cujacio*, e da *Vinnio*. A quali poteva aggiungere *Voet* , *Pothier* , e moltissimi altri.

Quantunque io non ho mente nè cuore atti a discussioni antiquarie , credo bene che un interdetto poteva essere la occasione di un giudizio formale , siccome ora tra noi da un giudizio possessorio si passa facilmente al petitorio » *Dato interdicto* , *nonnumquam sequebatur judicium* , dice *Eineccio* , *Antiqu. rom.* h. t. Ma non credo , che un interdetto si cangiasse in giudizio ordinario , unicamente per forza di una eccezione del convenuto ; altrimenti la giurisdizione del Pretore , l' interesse pubblico di provvedere alla urgenza , d' impedire gli attentati e le vie di fatto , sarebbe tutto subordinato all' arbitrio sovente capriccioso di un litigante. Altro è da un interdetto passare a giudizio petitorio , altro è tramutare l' interdetto in giudizio petitorio : questa trasformazione è quella che io non credo. E discendendo

alla nunciazione di nuova opera, non trovo alcuna legge, da far supporre che il Pretore dovesse rinviare ad un *judex*, o ad un *arbiter*, la decisione di qualche incidente in quella materia; nè anche dove si parla di modelli da prendersi de' lavori incominciati. Che anzi fin da principio si dichiara che fatta la inibizione, *committunt se litigatores Praetoriæ jurisdictioni* — In tutto il procedimento ulteriore non si nomina che il Pretore: Dopo poi terminata comunque la controversia davanti al Pretore, compresa anche la remissione della inibizione, si dava luogo allo sperimento delle azioni legittime, cioè al giudizio petitorio.

Il passo di *Gajo*, quand' anche si ritenga genuino, proverebbe, come semplice documento storico e di niuna influenza legale, che il Pretore rinviava al giudice o ai *ricuperatori* di vedere, *an aliquid adversus Prætoris ædictum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri jusserit;* vale a dire gli commetteva la verificazione di un fatto, una perizia. E le leggi citate da *Einecio*, cioè la l. 1. § 41, D. *de vi et vi armata* — L. 1, § *ult. D. Uti possid* — *L. 3.* § *1*, D. *de itin. actuque priv.*, altro non provano, se non che il giudice doveva liquidare o aggiudicare i frutti, o i danni interessi, risultati dall' interdetto: ciocchè importa esecuzione piuttosto che trasformazione dell' interdetto in giudizio » *Per interdictorum formulas, Praetor solus, et absque judicio solemniter constituto, de re ad se delata pro imperio decernebat. Cui si paritum non esset, aut per manum militarem aut civili actione data decretum suum exequebatur* » Pothier, Ad Pand. tit. de interdictis.

L' autorità di *Cicerone* è rispettabile per tutt' altro, che in materia di rito giudiziario. Egli era oratore, non giureconsulto: anzi dileggiava la scienza e gli scienziati delle formole giudiziarie. E quando ne doveva parlare, era lo studio del momento, e serviva sempre alla causa: cauto non tanto in ciò che dovesse dire per giovare alla causa, quanto in ciò che dovesse tacere per non nuocerle » *Non tam ut prosim in causis elaborare soleo, quam ut nequid obsim*: Orat. pro Murena, 11, 12, 13 — De Oratore, lib. 1, § 259, 248 — lib. 11, § 30, 295 *et passim*. Lo stesso *Savigny* dice ingenuamente che *Cicerone* lasciò qualche cosa all'*ombra* . . . e *quindi non può essere allegato come storica autorità*. Dall'ronde apparisce dalla

orazione, che quella azione fu chiesta da *Cecina* medesimo, il quale poteva *leviore actione confligere*, ed ottenere l'intento *faciliore et comodiore judicio*. La controversia poi era così oscura che per due volte i *ricuperatori* l'avevano lasciata indecisa.

42. Delle volte il giudizio petitorio era prudentemente anticipato da colui che si proponeva di fare l'opera, o da colui che saputo tal proponimento, intendeva impedirla. Nell'uno e nell'altro caso, se il convenuto non si difendeva dall'azione istituita, il giudice gl'ingiungeva di dar cauzione: la quale nel primo caso, cioè dell'azione *confessoria*, era che egli non avrebbe edificato, se prima non avesse sperimentato da attore il suo diritto, *non prius se aedificaturum, quam ultro egisset jus sibi esse altius tollendi* — Nel secondo caso, cioè dell'azione *negatoria*, la cauzione era, che egli non avrebbe impedita l'opera con la nunciazione di nuova opera, nè con vie di fatto, *nec opus novum se nunciaturum, nec aedificanti vim facturum* — Così, dice la legge, è punita la contumacia del convenuto, mettendolo nella necessità di farsi attore e provare il suo diritto: l. 15, D. h. t.

43 Questa legge regola soltanto il caso che il convenuto non si difendesse. *Quid*, se si difendeva? Allora doveva necessariamente impegnarsi il giudizio petitorio, che si era provocato.

44 Se l'evento di questo giudizio anticipato era in favore di colui che voleva edificare, toglieva per conseguenza all'altra parte la facoltà d'impedire, o sia rendeva inammessibile la nunciazione di nuova opera — Per l'opposto se l'evento gli negava il diritto di edificare, non solamente competeva all'altra parte la nunciazione di nuova opera, ma l'impedimento era diffinitivo, per effetto del precedente giudicato.

Altri interdetti ed azioni sulla nunciazione di nuova opera.

45 Oltre degl'interdetti *restitutorio*, e *proibitorio*, che sono proprj della nunciazione di nuova opera, v'ha degli altri interdetti, ed azioni che nel loro genere comprendono alcune teorie per nuova opera che sia cominciata o compiuta. Io credo necessario di percorrerle, anche perchè sono spesso citate nelle cause sulla nunciazione di nuova opera.

§ VIII. Interdetto *Quod vi aut clam*.

46 E chiaro che quest' interdetto in termini disgiuntivi, si risolve in due interdetti * E siccome v' ha delle teorie particolari a ciascuno di essi, e delle teorie comuni, parleremo delle une e delle altre.

47 Quod vi: Cade in questo interdetto il novatore, il quale con la forza o con altro ostacolo (come presentando un pericolo al nunciante, o chiudendogli la porta) abbia impedito, che gli venisse intimata la inibizione dell' opera — ovvero se non ostante la ricevuta inibizione prosiegua l'opera — o pure, se dopo aver desistito, e rimesse le cose nello stato pristino, ricominci a edificare.

La inibizione può essere espressa o per segni: ne abbiamo già parlato.

48 Ha luogo l' interdetto *Quod vi*, ancorchè la proibizione sia stata fatta da colui che non poteva farla, come il figlio di famiglia, il colono, l' inquilino, il mercenario, il servo. Le ragioni sono: *nam prohibitio haec demonstrat, vi te facere*

---

* *Ex hac causa nascitur interdictum quod vi aut clam, verbis disiunctim conceptis, qaae indicant alterutrum sufficere*: Così *Vinnio*, Partit. juris, h. t.

Ma Giustiniano nel dare a disposizioni testamentarie disgiuntive il senso di congiuntive (L. 4, C. de V. S.) cita per esempio le parole *Quod vi aut clam* di questo interdetto, dicendo che ivi la congiunzione *aut* è messa chiarissimamente in vece di *et*—Merille poi (part. 2, pag. 112) aggiunge che per aver luogo quell' interdetto, sia assolutamente necessario il concorso simultaneo delle due condizioni, *vi et clam*, e cita in appoggio il § 4 della l. 11, D. h. t. — Ma per convincersi del contrario, basta scorrere le leggi di quel titolo, o fermarsi allo stesso § da lui citato, giacchè in esso, dopo essersi parlato del caso che l' opera fosse fatta in parte *clam*, ed in parte *vi*, si conchiude, che *quand' anche* concorrano le due circostanze, nondimeno sia applicabile l' interdetto (disgiuntivo) *Quod vi aut clam* » -- *Hoc jure utimur, ut, etsi vi et clam factum sit, Interdictum hoc sufficiat*. Ampliazione, che conferma la natura disgiuntiva dell' interdetto. E ciò è ben ragionevole, perciocchè se la legge condanna l' attentato che sia fatto con uno de' due mezzi riprovati, tanto più quando sia fatto con tutti due. Se poi la decisione di *Giustiniano* s' intenda nel senso di *Merille*, allora non solamente vi sarebbe antinomia tra essa e molte leggi di quell' interdetto, ma anche l' assurdo, che per eludere l' interdetto, basterebbe adoperare uno soltanto di tai mezzi.

. . . . *Facto magis tuo destinquentis*, *quam alieno*, *adquiritur mihi actio*; l. 3, § 1, D. h. t.

Da qualunque persona sia stata fatta la inibizione, basta per dare al proprietario il diritto a questo interdetto; l. 17, D. h. t.

49 Non vi è violenza, se alcuno per imbecillità di animo o per riguardi personali siasi rattenuto ad impedire l' opera — *Idem* se per via sia stato impedito con minacce o con armi da un terzo, senza dolo malo del novatore (caso inverisimile) — Nondimeno se la violenza sia stata fatta dal suo servo, o procuratore, o mercenario, è riputata come fatta da lui stesso — S' intende cessata la violenza, se il novatore si dichiari pronto a difendersi in giudizio, dando però cauzione.

La forza, di cui quì si parla, è più morale che fisica. Della mera forza fisica si tratta appositamente in altri interdetti.

50 Quod clam: S' intende fatta clandestinamente l' opera, se per dolo del novatore il vicino sia stato distratto, onde non la impedisse — Se il novatore abbia mancato di dargliene avviso, per timore che aveva o doveva avere di una opposizione — Se lo abbia avvisato, ma l'opera sia stata fatta altrimenti o in altro luogo — o dopo qualche tempo — o l'avviso sia stato vago ed oscuro — o così tardivo da non potere accorrere entro il giorno ad impedire.

Che se l' opera sia fatta subito dopo l' avviso, non s' intende fatta clandestinamente *.

L' avviso può darsi ad alcuno della famiglia, al procura-

---

* Se è clandestina l' opera fatta dopo qualche tempo, *post tempus* dall' avviso, ed è clandestina l' opera nel giorno stesso dell' avviso, come poi è dichiarata non clandestina l' opera fatta subito, *confestim* dopo l' avviso, *in ipso denunciationis momento*, come dice *Gotofredo ?* La prima legge può essere giustificata dalla presunzione che si fosse abbandonato il proponimento dell' opera annunziata; donde la necessità di nuovo avviso, senza del quale si farebbe insidia alla buona fede del vicino. Ma in quanto alle altre due leggi, come conciliarle ? Esse non vengono dallo stesso autore, giacchè una è presa da *Ulpiano*, l' altra da *Venulejo.* La ragione starebbe da parte di *Ulpiano*, perchè sarebbe frustraneo l' avviso, che non desse il tempo necessario, non dico a matura deliberazione, ma neppure a correre per opporsi all' opera pro-

tore, agli amici, o nel domicilio. E se manchi persona a cui darlo, il novatore non è in colpa.

51 Ad escludere la clandestinità basta la intenzione. Nell' opera fatta per mandato si attende alla volontà del mandante, non al fatto dell' esecutore, fosse anche il proprio servo; e quindi la buona fede del mandante fa che l' opera clandestinamente fatta, non sia clandestina (Il pregiudizio del terzo non è messo a calcolo; è anzi subordinato ai rapporti, a lui estranei, tra gli autori del danno, alla facile loro collusione, alle ristrizioni mentali, ed alle quistioni difficili sulla intenzione; l. 21, D. h. t. Vedete pure la legge 15 in princ.)

52 Teorie comuni ai due interdetti: Competono gl' interdetti, *Quod vi aut clam* al proprietario, ed a chiunque abbia interesse che l' opera non fosse fatta: all' usofruttuario, al colono, all' inquilino, al non possessore, a chi dopo fatta l' opera sia divenuto padrone del fondo che prima era *nullius*; agli eredi e successori. (*)

53 Venduto il fondo, non cessano gl'interdetti *Quod vi aut clam*, come cessa la nunciazione della nuova opera: il venditore lo esercita, nè deve prestar nulla al compratore per l' opera fatta prima della vendita — Che se l' opera fu fatta nell' intervallo tra la vendita e la tradizione, il venditore sperimenta l' interdetto, ma per conto del compratore.

Per contrario competono al compratore gl' interdetti, benchè siavi il patto *addictionis in diem, vel ut si displicuisset, fundus inemptus esset*, o il patto commissorio, o altra condizione risolutiva.

---

gettata. Ciochè farebbe la censura della opinione di *Venulejo*, a meno che al suo *confestim*, che egli mette in controposto di *post tempus*, si desse un senso conforme alla opinione di *Ulpiano*. Ma non è permesso cangiare il significato ai vocaboli, e meno nelle leggi! Ed è legge il *confestim* di Venulejo, reso più stretto del controposto *post tempus*.

* Il socio, che certamente aveva interesse che l' opera non fosse fatta nel fondo comune, o a danno del fondo proprio, avrebbe diritto all' interdetto? Lo avrebbe, non per la nunciazione di nuova opera che gli è espressamente negata, ma per quel divieto che egli avesse particolarmente ottenuto dal Pretore contro del socio novatore; art. 7. In tal caso la contravvenzione a tal divieto darebbe luogo al socio d' invocare l' interdetto *Quod vi*, per la demolizione di quella parte di lavori che fosse stata fatta dopo il divieto del Pretore.

54 Competono contro chi fece l' opera, o che l' abbia fatta egli stesso, o i suoi subordinati, o mandatarj. Se più siano stati gli autori e per comune deliberazione, ciascuno sarà tenuto solidalmente. Gli eredi sono tenuti per quello che è loro pervenuto dal defunto.

55 Gli effetti sono non solo la ripristinazione delle cose innovate, ma anche il pagamento di tutti i danni sofferti, compresivi i diritti che fossero perduti; senza che il convenuto possa opporre che egli aveva diritto a far l' opera o a proseguirla, e senz' attendere l' evento del giudizio sul merito. Per la ripristinazione si può invocare tanto l' interdetto restitutorio nascente dalla nunciazione di nuova opera, quanto l' interdetto *Quod vi aut clam.*

È tenuto colui che ha fatto, o ha ordinato di fare. E se ha ordinato a nome di altri, costui è tenuto.

Se il colono o il procuratore abbian fatto, *inscio vel invito domino*, la ripristinazione sarà fatta a loro spese; il padrone soffrirà che si esegua, come pure il colono.

In quanto alle obbligazioni rispettive dell' autore dell' opera, e del possessore, evvi una legge, che per la sua brevità e precisione merita di essere riportata in originale: *In summa, qui vi aut clam fecit, si possidet, patientiam et impensam tollendi operis: qui fecit, nec possidet, impensam: qui possidet, nec fecit, patientiam tantum debet*, l. 16, § 2, D. h. t.

56 Se più persone sian concorse a far l' opera, bisogna distinguere se fu per comune deliberazione, o ciascuno di proprio moto. Nel primo caso, si può agire con uno o con l' altro, perchè ciascuno è tenuto *in solidum.* Nel secondo caso si può agire con tutti per lo intero, e l' azione istituita con uno non libera gli altri, e nè anche il pagamento *.

---

* La legge dice così pel secondo caso: » *Si tamen proprio quis eorum consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum. Itaque alter conventus alterum non liberabit; quinimo perceptio ab altero* » — *Pothier* seguendo la Glossa, nota: *Sensus est; non sola perceptio liberabit coeteros*; e ciò perchè la opposta interpetrazione ripugnerebbe ai principj del diritto. Io credo, 1. che l' avverbio *quinimo*, avente la forza di accrescere ampliare la precedente proposizione che quì è negativa, esclude il senso ristrittivo di *Pothier*, anche perchè la seguente proposizione *quinimo perceptio ab altero* deve riferirsi

57 Ciò che siasi fatto *vi aut clam*, può disfarsi *vi aut clam* ? No — Ma se già sia stato disfatto, ed il novatore invochi per se l' interdetto *Quod vi aut clam*, puoi opporgli la eccezione, *quod non tu vi aut clam fecisti*, qualora però una causa grave ed urgente scusi la rappresaglia: *quod non procedere debet nisi ex MAGNA ET SATIS NECESSARIA CAUSA: alioquin haec officio judicis eelebrari oportet;* l. 7, § 3, D. h. t.— Che se la novità fatta nel mio fondo, sia stata da me distrutta con lo stesso arbitrio come tu l' avevi fatta, e tutti due invochiamo l' interdetto *Quod vi aut clam*, una legge mi autorizza a rispondere » tu farai bene a condonarmi l' arbitrio, ed a farmi assolvere; altrimenti io ti farò condannare come se non ripristinassi le cose, ovvero sarò coverto dalla eccezione: *Si non vi, nec præcario feceris* » l. 22, § 2, eòd. *

---

allo stesso *non liberabit*; altrimenti per dire l' opposto, era necessario ripetere il verbo, senza la negazione — 2. Egli stesso nella nota seguente riconosce essere più forte la obbligazione di coloro che si mossero di propria volontà; perchè ciascuno avrebbe fatto, anche senza la spinta degli altri: *fucturi, etiamsi coeteri non facerent*. Dunque l'operatore isolato ed indipendente non può trar profitto dal pagamento di altri, siccome non trarrebbe danno da colpa più grave degli altri.

Ma è probabile che molti, senza accordo, di proprio moto, in tempi diversi, facciano o disfacciano la stessa cosa? La legge parla di sepolcro ricoperto di terra. Forse eranvi risposte le ceneri di qualche malvagio magistrato, come un VERRE, un SILLA, un SEJANO, il quale aveva abusato del suo potere a danno di molti. La vista del sepolcro ridestando la indignazione di coloro che transitavano, moveva ciascuno a gittare del terreno a piene mani contro al cenere maledetto. Così in vece del benigno voto: *Sit tibi terra levis*, dicevan forse *Sit tibi terra gravis*. Per coprire quel sepolcro, certamente alto, bisognava molta terra. E ripartita tra i passeggieri, quante mani furon necessarie! E tutte e sempre spinte dallo stesso spirito. Quanta malvagità per lasciare in tanti così forte impressione! La legge che vuol rispettati i sepolcri, è saggia. Ma in quegli atti di esecrazione postuma, pubblici, spontanei, numerosi, lentamente accumulati, cospiranti senza concerto, io avrei ravvisato lo spirito della pubblica morale: e temendo d' inviluppàrlo nella pena tutto che civile, mi sarei astenuto di parlarne: e così lasciarli tra i fatti che la legge deve per politica non permettere, per prudenza tollerare.

* Il cav. *SALVATORI* non potendo altrimenti far pervenire al suo molino una corrente d' acqua, se non intersecando una strada pubblica, la ruppe, vi costruì un acquidotto coverto da un porticello, ed al di sopra ristabilì come prima la strada: tutto in brevissimo tempo. Ciò fatto, citò il sindaco davanti al giudice di pace, onde non attentasse

Voi vedete in ciò un esempio delle tante obbliquità Pretorie e de' giureconsulti antichi.

58 La demolizione dell' edifizio del vicino, fatta *vi aut clam* nel pericolo d' incendio, è scusata qualora già l' incendio vi era pervenuto, o vi sarebbe pervenuto. Che se l' incendio non vi era al momento della demolizione, ma siasi eccitato dopo, ha luogo l' interdetto, perchè il pericolo deve riconoscersi dallo stato presente, non *ex post facto*; l. 7, § 4, h. t.

59 Non ha luogo l' interdetto, se la novità abbia recato vantaggio al fondo del vicino; o se questi l' aveva permessa.

60 L'interdetto dura un anno, a contare da che l' opera è stata compiuta, o intermessa. Dura oltre l' anno, se il luogo, dove è fatta, sia di non facile accesso, recondito, o sotterra, come acquidotto coverto, cloaca.

§ IX. *Rapporti degl' interdetti* quod vi aut clam *colla nunciazione di nuova opera.*

61 Poichè è riputata clandestina l' opera, che sia fatta senza averne dato avviso al vicino, o l' avviso sia stato non preciso, o intempestivo, o insidioso*, ciò fa presumere che tra i romani esisteva un editto o almeno una consuetudine, la quale obbligava il novatore ad avvisare, prima di cominciar l' opera, il vicino. Senza di che, non vi sarebbero date quelle

---

all' acquidotto. Il sindaco con la stessa rapidità distrusse le innovazioni del SALVATORI, indi andò a rispondere alla domanda di lui. Portata la causa al tribunale di prima istanza di Molise (del quale io faceva parte), alti clamori levava il cav. *Salvatori* contro le vie di fatto, prese dal sindaco in pendenza del giudizio già istituito; ed invocando alcune leggi romane, pretendeva che prima di tutto le cose fossero ripristinate nello stato in cui erano al tempo della sua citazione: dopo ciò, si giudicasse poi del merito.

Il tribunale, vedendo che invocava la protezione delle leggi colui che era stato il primo a violarle, e che le invocava per sostenere il suo attentato, rigettò la domanda. E la Corte di cassazione rigettò il ricorso prodotto dal cav. *Salvatori* contro la sentenza del tribunale.

* » *Celasse intelliguntur hi quatuor: qui non denuntiavit, aut ipsi adversario, aut per ejus absentiam procuratori ejus, amicisve; qui non denuntiavit quid, ubi, quando facturus esset; qui non ita tempestive, ut adversarius posset occurrere; qui aliud denuntiavit, aliud fecit*. -- Così VINNIO nella egregia sua opera: *Partitionum juris lib. IV. - h. t.*

norme generali sul modo come dovesse darsi l' avviso, e sugli effetti dell' avviso non dato, o illegalmente dato. Ma per quanto trovo ben fondata la supposizione di siffatto editto o consuetudine, non ne ho trovato menzione alcuna negli scrittori che ho consultato. Non mi pare che fosse quella denunzia di lite futura, di cui parla il Cod. Teod. *de denunt*, e Cuj. *Obs. XVI*, 6. La comunicazione del progetto dell' opera poteva far anticipare il giudizio petitorio, di cui ho parlato nell' art. 42.

62 Dato e regolarmente dato l' avviso, il vicino poteva impedire la novità con la nunciazione di nuovo opera. E se, non ostante la inibizione, l' opera era proseguita, aveva la scelta tra due interdetti restitutorj, per far ripristinare le cose, uno nascente dalla stessa nunciazione di nuova opera; l' altro era l' interdetto *Quod vi*, giacchè s' intendeva fatto per forza ciocchè era fatto dopo il divieto.

Se poi non era preceduto l' avviso, o mal preceduto, bisogna distinguere, se quando il vicino se ne avvedeva, fosse imperfetta, ovvero fosse già compiuta. Se era ancora imperfetta, poteva impedirne la continuazione con la nunciazione di nuova opera, e poteva con l' interdetto *Quod clam* far demolire l' edificato.

Se poi l' opera (in luogo privato) fosse già compiuta, non gli rimaneva che il beneficio dell' interdetto *Quod clam*.

63 Da ciò derivano alcune osservazioni: L' interdetto *Quod vi* non può essere che incidente nella nunciazione di nuova opera, perchè suppone esser già preceduta la inibizione dell' opera, o la presunta inibizione nel caso che questa sia stata impedita — L' interdetto *Quod clam* è qualche volta incidente, è ordinariamente principale. È incidente, quando l'opera è imperfetta. È principale, quando l' opera è già compinta.

Dunque, 1.° bisogna distinguere l' interdetto *Quod vi*, dall' interdetto *Quod clam*, per conoscere la natura e l' applibilità dell' uno e dell' altro: 2.° è inesatta la proposizione assoluta, che per l' opera imperfetta ha luogo la nunciazione di nuova opera, e che per la compiuta ha luogo l' interdetto *Quod vi aut clam*: 3.° Siccome inesatto è ciò che insegnano i professori di Lovanio (*Recitat in* 50 lib. D. h. t.) cioè che la nunciazione *Pretoria* e la *simbolica* siano ordina-

riamente rimedj preparatorj all'interdetto *Quod vi aut clam*. Aggiungete che se quei due mezzi di nunciazione fossero preparatorj al doppio interdetto *Quod vi aut clam*, tale dovrebbe essere anche l'altro mezzo, cioè la nunciazione verbale (*dicentis se prohibere*), notato tra quei mezzi dalla legge sotto il tit. *Quod vi aut clam*; anzi distinto altrove col solo nome di nunciazione, siccome gli stessi professori osservano. Ma come si può dire che quei due mezzi di nunciazione sian preparatorj all' interdetto *Quod clam*, se l' uso di questo interdetto suppone non esservi stata affatto nunciazione di alcuna specie?

64. Nel tit. *de novi operis nunciatione* si distinguono le persone a cui è data la nunciazione di nuova opera, dalle persone a cui è negata: e per alcune di queste si aggiunge la conseguenza (per altro implicita) che la nunciazione che da esse fosse fatta, è *inutile, di niuno effetto* *. Inoltre si stabilisce il luogo dove la nunciazione debba farsi, e si dichiara di *niun momento* la nnnciazione che si facesse altrove **. Quindi dalla premessa esclusione delle persone e de' luoghi discende la conseguente esclusione dell'interdetto restitutorio, proprio della nunciazione di nuova opera ***: giacchè è assurdo che una inibizione dichiarata di *niuno effetto*, producesse un effetto, e l'effetto che nasce da inibizione legittima: è assurdo che il Pretore desse il diritto di demolire a colui, a cui aveva espressamente negato il diritto d' inibire.

Per contrario nell' interdetto *Quod vi aut clam* non si guarda alle persone, ma al fatto: non si bada al luogo dove siasi intimata la nunciazione; che anzi la nunciazione fatta altrove, e prima che l'opera fosse cominciata, colpisce i lavori fatti posteriormente — L. 5, § 5 et 7 eod. La sola *pruova generica* della contravvenzione basta a far demolire.

---

* Si autem (usufructuarius) domino prædii nunciaverit, *inutilis* erit nunciatio; l. 2. D. h. t.
Servo autem opus novum nunciari potest. Ipse vero nunciare non potest, neque nunciatio *ullum effectum habet*; l. 5. § 1 eod.

** Si quis forte in foro domino opus novum nunciat, hanc nunciationem *nullius esse momenti* exploratissimum est, — l. 5, § 2, 3, 4 D. h. t.

*** V. Voet ad Pand. § 4; h. t.

Dunque una nunciazione *inutile* nel rapporto della persona che l'avesse fatta, o del luogo dove fosse fatta, poteva divenire efficace, solo che il nunciante desse altro nome al reclamo. Se chiedeva la demolizione de' lavori, per effetto dell' interdetto restitutorio, proprio della nunciazione di nuova opera, gli era negata. Se poi la chiedeva per l' interdetto *Quod vi aut clam*, gli era accordata subito e senza esame.

La ragione, che si adduce e che già ho riferito, è che l'azione viene piuttosto dal fatto del contravventore, che dal fatto alieno — Ma questa massima dovrebbe aver luogo anche per l' interdetto ordinario, giacchè unico identico è il fatto, che fa base all' uno ed all' altro interdetto. E quand'anche si voleva imporre cieco rispetto per una inibizione, comunque e dovunque fatta, non si doveva dichiararla, ora di niuno effetto, ora di tutta efficacia; ma dire sempre e costantemente che il novatore dovesse astenersi dall' opera, finchè il Pretore non avesse altrimenti ordinato.

Nella seconda Parte di questo *Trattato* noterò qualche altra cosa che ha rapporto agl' interdetti *Quod vi aut clam*.

§ X *De damno infecto.*

65 In pendenza della nunciazione di nuova opera, o dell'interdetto *Quod vi aut clam*, si può domandare una cauzione per lo danno che si teme, giacchè dall' uso della nunciazione si può conseguire soltanto la interruzione dell' opera; dall' interdetto *Quod vi aut clam* si può ottenere che sia demolita, e riparati i danni passato e presente. Per i danni futuri bisogna ricorrere all' editto *de damno infecto*.

Si può domandare la stessa cauzione nell' azione negatoria *altius non tollendi*. L. 13 § 10, et 11 D. h. t.

§ XI. *De aqua et acquae pluviae arcendae.*

66 Pel danno dipendente da acqua piovana, occasionato da opera, evvi l' azione speciale *De aqua et aquae pluviae arcendæ :* con le seguenti differenze: 1.° La nunciazione di nuova opera è per opera incominciata; l' azione *acquae pluviae arcendæ* è per opera già fatta: 2.° l' editto *De damno infecto* tende al solo risarcimento del danno ; quest' azione provvede al risarcimento

del danno ed alla ripristinazione dell' opera: 3.° l' editto è per danno non fatto: quest' azione è non solamente pel danno non ancora avvenuto, ma anche per quello che sia avvenuto dopo la contestazione della lite. Per lo danno anteriore poi si deve agire con l'interdetto *Quod vi aut clam*: pel danno posteriore con l'editto *De damno infecto*.

67 Ha luogo l'azione se l'opera abbia dato un corso diverso all' acqua piovana, o più veemente: E indifferente che l' opera sia nel fondo vicino, o in fondi superiori, dai quali l' acqua passando per lo fondo vicino, venga nel nostro: nel qual caso si può agire così col vicino, che col proprietario del fondo superiore — Ha luogo tanto se per cagion dell' opera l'acqua rigurgiti a danno del fondo superiore, quanto se scorra altrimenti nell' inferiore.

68 Compete l'azione al solo proprietario L' usofruttuario, il possessore di fondo vettigale, ha l' azione *utile*.

69 Se dopo essere stato convenuto in giudizio, il novatore aliena il fondo, si giudicherà per lo danno e per la ripristinazione dell' opera, come se alienazione non vi fosse stata.

70 Se l' opera sia fatta dal colono, o dal procuratore senza mandato o scienza del proprietario, saranno essi tenuti per l' interdetto *Quod vi aut clam* al danno ed alla spesa per la ripristinazione dell' opera : il proprietario soffrirà che sia ripristinata ; ma se volesse la cauzione *damni infecti*, è ben giusto che l' abbia.

71 L'acqua deve venire da fondo rustico, e nuocere a fondo rustico. Se venga da edificio o nuoccia ad edificio, non compete quest' azione, ma quella *de fluminibus, et stillicidiis*.

72 Cessa quest' azione: 1.° se l' opera serve alla coltivazione del fondo : 2.° se è stata fatta per difendere il fondo da impeto di fiume o di torrente: 3.° se così fu stabilito dai primi ripartitori de' terreni : 4.° o dall' autorità pubblica : 5.° se l' opera sia garentita da servitù, o da uso antico, non vizioso : 6.° se per l' opera o per la rimozione dell' opera non risulta danno, ma venga a mancare al vicino l' utile che prima ne aveva : 7.° *Idem*, se il danno per l' opera rimossa sia l' effetto del corso naturale delle acque, e non per esser divenute più impetuose o confluenti.

73 Se l'opera o terrapieno, rimosso dalla forza delle acque, non nuoceva al fondo dov' era, e giovava al vicino, dev'esser

permesso a costui di ristabilirlo, non per l'azione diretta *acquae pluviae arcendae*, ma per l'*azione utile*, per una *quasi servitù*— *Hoc aequitas suggerit, etsi jure deficiamur*: l. 2, § 5, D. h. t. *

§ XII. *Uti possidetis*

74 All'interdetto *Unde vi* siegue l'interdetto *Uti possidetis* » Quello, dice Ulpiano, restituisce il possesso perduto per violenza: questo protegge onde non si perda. Quello combatte il possessore: questo lo difende » **

L'interdetto *Uti possidetis* riguarda così i poderi che gli edifizj. Il suo oggetto è di definire fra due contendenti, chi debba possedere. Finchè il Pretore non definisca, ciascuno sostiene le parti di attore e di reo.

75 Vince colui che si trova di possedere nel tempo dell'interdetto. Il possesso dev' essere non vizioso, cioè non acquistato contro dell'avversario, *vi*, *nec clam nec praecario*. In faccia a tutt'altro il possesso, tuttocchè vizioso, non nuoce. Nè al possessore nuoce la scienza, che il suo autore possedeva per violenza.

76 L'interdetto ha luogo tra gli usofruttuarj, e quand'anche uno difenda il possesso, l'altro usofrutto — ovvero l'uno contenda per l'uso, l'altro per l'usofrutto.

77 Per ciò che riguarda nuova opera, ha luogo l'interdetto *Uti possidetis*, se alcuno volendo edificare nel suo fondo, ne sia impedito — se l'inquilino impedisca al proprietario di fare riparazioni nella casa locata — se alcuno estenda l'intonico nella parte dell'edifizio, la quale è del vicino ***.

78 Nella legge 3, D. h. t. vi sono su questa materia tre §§,

---

* Questa è la celebre massima, di cui il foro ha tanto abusato, applicandola a' casi ed a materie diverse, ed anche quando esistendo la legge, mancava la ragione di ricorrere all'equità. Si è giunto puranche sotto l'impero delle nuove leggi ad applicarla in materia di successione: — V. il mio opuscolo: *Su gli abusi del diritto romano.*

** Io ho omesso la esposizione dell'interdetto *Unde vi*, perche tende non a ritenere, ma a ricuperare il possesso.

*** Aggiungete l'altro caso previsto sotto il tit. *De novi op. nunc.* cioè se alcuno malgrado la inibizione, persiste a edificare, immettere, o sporgere, nel nostro suolo.

cioè il 5°, 6°, e 7°, l'ultimo de' quali è diviso in due parti. Nel riportarli io soggiungerò le varie opinioni degl' interpreti, con qualche mia osservazione.

§ 5. *della* l. 3, *D. h. t.*

» § 5. Se io dico non aver diritto il vicino di tenere lo sporto sul mio suolo, per chi di noi è efficace l' interdetto *Uti possidetis* ? Nè per l' uno nè per l' altro, perchè uno possiede il suolo, l' altro con la casa la superficie ».

La spiegazione che ne dà Voët, è che per aver luogo l' interdetto, è necessario che due si contendano il possesso della stessa cosa, ciocchè non si verifica nella specie, in cui uno possiede il suolo, l' altro con la casa la superficie, e quindi niuno de' due si attribuisce il possesso della stessa cosa: *Ad. Pand. h. t.*

La spiegazione di Muhlenbruch è: Niuno de' due può aver l' interdetto, perchè niuno de' due è turbato nel proprio possesso, l' uno della cosa, l' altro del diritto » § 297 n, 4.

§ 6 *della stessa legge*

§ 6. *Quid* se io propongo al vicino l' interdetto in questi termini: *Chi di noi possiede il suolo che è coverto dallo sporto?* — Ed il vicino per ritenere più facilmente il possesso dello sporto, proponga così l' interdetto: *Chi di noi possiede la casa donde esce lo sporto ?* »

Labeone che fa le due interrogazioni, non risponde. E ciò che è peggio, le sole interrogazioni sono state inserite per leggi.

Cujaccio crede che dove nel testo dice: *utrique esse inutile*, debba correggersi: *utrique esse utile*; e quindi competere all' uno ed altro l' interdetto: Al proprietario del suolo per ritenerlo libero dallo sporto, per la l. pen. D. *Quod vi aut clam*, dove è detto: *In opere novo tam soli, quam cœli mensura facienda est.*—Al proprietario della casa, perchè con la casa possiede pure la superficie. E l' esempio della superficie, applicabile all' enfiteusi, possa essere esteso allo sporto, per la maniera tuttocchè dubitativa come si esprime Labeone.

Pothier mentre nota la reticenza di Labeone, prende da ciò argomento della sua annuenza pel secondo interdetto » *Hic autem non respondit Labeo ad quaestionem. Quo satis innuit hoc interdictum competere.*

Secondo me, il testo, oltre di essere inviolabile, era qual

è. Le ragioni sono: le due opposte interrogazioni, che Labeone mette in bocca ai due contendenti, importano che in vece di disputarsi il possesso della stessa cosa, ciascuno si fa forte nel suo proprio possesso: ciocchè appoggia la precedente decisione di Cassio, che per la non identità delle cose possedute, *interdictum utrique esse inutile*. Se la opinione di Labeone fosse stata contraria a quella di Cassio, certamente Ulpiano nel soggiungerla, non avrebbe detto: Labeo *quoque*, ma piuttosto *Sed* Labeo, *Verum* Labeo; giacchè la ipotesi di Labeone è la stessa che quella di Cassio, con la sola aggiunzione delle formole. Dunque Ulpiano avendo annesso alla opinione di Cassio l' autorità di Labeone, fa conoscere che erano conformi: e la conformità non può stare se non che nella comune inutilità dell' interdetto; anche perchè la comune esclusione dell' interdetto dichiarata da Cassio, ben si concilia con la perplessità di Labeone a non saper preferire l' uno piuttosto che l' altro.

Dunque le semplici interrogazioni di Labeone, isolatamente prese, non fan travedere una timida propensione in favore del possessore dello sporto, come credeva Cujacio, e molto meno una decisa annuenza, come diceva Pothier: congiunte poi con la precedente decisione di Cassio, escludono tali interpretazioni.

Ma è ragionevole la legge, che lascia così indeciso il possesso tra due vicini? Ciò entra nella terza parte di questo *Trattato*.

§ 7 *della stessa legge*

» § 7. Ma se ad un cenacolo che è nell' ultimo piano, si ascenda per l' interno della casa che io posseggo, lo stesso Labeone dichiara che a me compete l' interdetto, non a chi abita nel cenacolo, ancorchè questi vi abiti come proprietario, perchè sempre la superficie cede al suolo. Che se poi l' entrata al cenacolo sia da luogo pubblico, in tal caso sembra che la casa si possiede dal possessore dell' ultimo piano, non da quello del piano infimo (*pian terreno*) »

» Ciò nasce, dice Savigny, da che per diritto romano era impossibile, che uno fosse proprietario del suolo, ed un' altro lo fosse dell' edifizio soprapposto; e così pure de' diversi piani di una casa (*Del dritto di possesso*, § 23) — Dunque, io soggiungo, gli usi e le conseguenti teorie de' romani sono ben

difformi dagli usi e teorie presenti, e specialmente per i diversi piani di un edifizio, essendo ovvio tra noi che i diversi piani di una casa appartengano a diverse persone, così che la legge ha regolato i diritti e i doveri reciproci, art. 585 leg. civ.

» Del resto (continua il § 7.°) i superficiarj hanno l'interdetto proprio. Il proprietario però del suolo vince il superficiario, come ogni altro, con l'interdetto *Uti possidetis*. Ben vero il Pretore protegge il superficiario secondo il patto della locazione »

Savigny dopo aver notato che questo § sia stato sempre inteso a traverso, per la supposizione che dal principio alla fine si parli sempre del medesimo caso, sul motivo che la parola *superficies* s' incontra anche nella prima parte del frammento, spiega così la seconda parte:

» La cosa è affatta diversa, se quel di sopra abita non *quasi dominus*, ma in virtù di una *superficies*. Quì non han punto luogo simili difficoltà, ma tutto è facile a decidere secondo l'ordinario rapporto di *possesso* e *quasi possesso*. Il proprietario cioè è il solo possessore di tutta la casa, ed ha l'interdetto *Uti possidetis* contro ciascuno, anche contro il superficiario: questi però, siccome in qualità di attore otterrebbe l'interdetto speciale *de superficiebus* contro qualunque, anche contro del proprietario, così l'ottiene in qualità di reo in forma di una eccezione, con che è protetto contro l'interdetto *Uti possidetis* del proprietario »

In somma il proprietario con un interdetto vince il superficiario. Il superficiario con altro interdetto, o che sfidi o che sia sfidato, vince il proprietario. Chi vince dunque davvero? E se uno vince realmente, a che promettere all'altro una vittoria in parola? A che questo circolo vizioso ed oscuro? Ciò è frequente nel diritto romano, e faceva il meglio della giurisdizione de' Pretori.

§ XIII *Rapporti dell' interdetto* Uti possidetis *con la nunciazione di nuova opera.*

79 Ulpiano nella materia di nunciazione di nuova opera, come in altre materie, espone, insegna, consiglia. Tre casi e-

gli prevede: 1° se l'opera è incominciata: 2° se malgrado la inibizione, si proslegua; 3° se sia compiuta.

1° Se l'opera è incominciata, sia nel fondo del novatore, sia nel nostro fondo, e si voglia impedirla, propone in generale la nunciazione di nuova opera. Ma se l'opera è nel nostro fondo, consiglia la nunciazione *Pretoria* o la *simbolica*, anzichè la *verbale*, perchè con questa si fa possessore l'avversario; con le due altre ritenghiamo per noi il possesso.

2° Se malgrado la nunciazione (Pretoria o simbolica) l'avversario *persista* a edificare nel nostro, egli trova giustissimo di usare contro di lui l'interdetto *Quod vi aut clam*, o l'altro *Uti possidetis*. L'interdetto *Quod vi aut clam*, se persiste per disprezzo, o dopo avere affettato docilità. L'*Uti possidetis*, se la sua ostinazione venga da pretensione di possesso.

3° Se l'opera è compiuta, non è più tempo d' inibire, ma di distruggere. E perciò non avendo più luogo l'interdetto *proibitorio*, bisogna ricorrere ad alcuno degl' interdetti *restitutorj*. Tali sono pe' luoghi privati l'interdetto *Quod vi aut clam*; e pe' luoghi sacri, religiosi o pubblici gl' interdetti *Quod in loco sacro*, *religiosove* — *Quod in flumine publico*, *ripave publica factum erit*. La ragione è che con questi interdetti si ripristina ciò che doveva non farsi » *Nam his Interdictis restituetur, si quid illicite factum est*, l. 1, § 1, D. de novi oper. nunc.

80 Perchè *Ulpiano* non propone per impedire la nuova opera l'interdetto *Uti possidetis*? Perchè credo, sarebbe imprudenza ricorrere ad un rimedio, che c' impone il peso di provare il possesso e la molestia, senza impedire intanto la continuazione dell' opera. Lo propone dopo impedita, e nel caso che il novatore persista a edificare.

Perchè non lo propone contro l' opera compiuta? perchè sarebbe tardivo. L' interdetto *Uti possidetis* si riferisce (secondo il Digesto) al tempo che è dato lo stesso interdetto. Ora a quel tempo trovandosi già compiuta l' opera, sarebbe inutile usare di un interdetto che proibisce, non restituisce.

81 Nondimeno Merlin sostiene: che l'interdetto *Uti possidetis* sia non solamente proibitorio, ma anche restitutorio, e sia applicabile alle servitù. Egli cita in sostegno la l. 3, § 9, *D. Uti possidetis*, la l. 8 §. 5, D. *si servit. vind.*, l'autorità di Voët, e l'argomento *ab absurdo*.

Siami permesso di esporre alcune difficoltà sulla dottrina di un giureconsulto, che per altro io stimo sommamente, per la vastità delle sue cognizioni, per la sua critica, e più ancora per la sua buona fede.

I. Alla opinione di Merlin resistono, la classificazione degl' interdetti, la definizione dell' interdetto *Uti possidetis*, la ripartizione di taluni interdetti secondo i varj casi della nunciazione di nuova opera, e la destinazione data all' interdetto *Uti possidetis* pel solo caso che *si persista* a edificare, malgrado la nuncia ione. Nè la indicazione degl' interdetti assegnati al caso che l' opera fosse compiuta, è fatta per esempio, come dice Merlin, giacchè Ulpiano dopo averli indicati l' uno dopo l' altro, dichiara *tassativamente* che con questi interdetti si ripristina ciocchè sia fatto illecitamente: *Nam* HIS INTERDICTIS, *restituetur, si quid illicite factum est*

Le resiste la natura stessa dell' interdetto *Uti possidetis*, dato per conservare le cose nello stato in cui sono nel tempo dell' interdetto secondo il Digesto, o della contestazione della lite secondo le Instituzioni: *Uti possidetis. . . . ita possideatis — Uti* NUNC *possidetis* — IN PRAESENS — l. 1, l. 3, § 6, D. *uti possid* — l. 1, § 2, D. De *interd.* Dare a quest' interdetto proibitorio anche la forza di restitutorio, sarebbe confondere o per dir meglio fondere in uno due distinti interdetti, l'uno *retinendae possessionis*, l' altro *recuperandae possessionis*. Così all' interdetto *Uti possidetis*, la cui forza è limitata allo stato presente, si darebbe una forza retroattiva sullo stato anteriore.

II. Che il vicino nel fare l' intonico (*tectorium*), ovvero l' ossatura del tetto (*charpente de toiture*, come traduce Merlin) sopra la sua parte del muro, lo estenda, probabilmente per errore dell' artista, anche sulla parte mia, ciò turba, non toglie a me il possesso della mia parte. Quindi l' interdetto che riduce l' intonico, l'ornamento, alla parte del vicino, non facendo che proibire la turbativa, e conservarmi nel mio possesso, non può dirsi restitutorio nel senso della legge. V. L. 44 D. de usufr. — l. 38, *de rei vind.* — l. 3, *de in rem verso* — l. 13, *de serv. praed. urb.* — l. 40, *de damno infecto.*, donde può conoscersi cosa era il *tectorium*.

III. L' altra legge da lui citata, contiene tre parti:

Nella prima si stabilisce il principio, che *senza una servitù*, non si può dal piano inferiore immettere fumo ai piani superiori, nè per contrario da questi gittare acqua o altro ai

piani inferiori, per la comune ragione che tanto si può fare nel suo, in quanto non s' immetta nell' altrui — Principio giusto e sensato, perchè reciproco, e perchè i vicini debbono farsi il maggior bene, e darsi il minore incomodo possibile: Salvo all' immittente di giustificare la servitù con l' azione confessoria.

Nella seconda si dichiara, che contro l' immittente si possa agire, *jus ei non esse fumum immittere*; e per contrario egli possa agire, *jus esse fumum immittere* — Per quanto la prima conseguenza è congrua al principio, altrettanto ne diverge la seconda, a meno che alluda al diritto che venga all' immittente da una servitù costituita; ovvero alluda alla semplice facoltà che hanno le parti di sperimentare le opposte loro azioni *negatoria* e *confessoria*.

In fine si soggiunge, che può aver luogo anche l' interdetto *Uti possidetis*, se si proibisca ad alcuno di servirsi nel suo come gli aggrada — È chiaro che questa soggiunta distrugge il principio stabilito di sopra. Se ciascuno de' possessori può fare nel suo ciò che gli aggrada, l' inferiore immetterà fumo, il superiore acqua o altro, senza che l' uno possa impedir l' altro.

Ora messe da canto le ambiguità della seconda parte di questa legge, e la sua incoerenza con la prima, ed attenendoci solamente a ciò è detto nella terza parte per l' interdetto *Uti possidetis*, non vi è alcuna parola da indurre che questo interdetto si estendesse alla servitù *immittendi*. Vi si dice soltanto che può aver luogo anche l' inderdetto *Uti possidetis*, qualora taluno si vegga proibito di servirsi del suo come gli aggrada, *si quis prohibeatur*, *qualiter velit suo uti*. Quindi la facoltà d' immettere il fumo, non verrebbe da servitù *immittendi*, ma dal diritto di fare nel suo ciò che piaccia. Dunque l' interdetto *Uti possidetis*, lungi di appoggiare quì la servitù a danno del fondo inferiore, la esclude.

IV All' autorità di VOËT, il quale estende alle servitù prediali l' interdetto *Uti possidetis*, potremmo opporre quelle di GIFANIO, WISSEMBACHIO, VINNIO ed altri Ma è meglio esaminare i suoi argomenti. Gli argomenti sono: 1° non trovar egli ragione, perchè l' interdetto *Uti possidetis* è applicato alle servitù personali, di usofrutto o di uso, e non possa esserlo alle servitù prediali, e cita la legge che abbiamo poc' anzi esami-

nato, e la l ult. D. *de servitutibus*. 2° esser vero che per alcune servitù prediali sono proposti interdetti speciali, ma non per ritenere il possesso al tempo della contestazione della lite. 3° L' interdetto *Uti possidetis* è applicato indistintamente alle servitù costituite dal superficiario.

Al 1° e 3° argomento si può rispondere: Chi ha l'usofrutto o l'uso, sta nel fondo, e quindi si è creduto utile dargli direttamente un mezzo da conservarsi nel possesso: molto più al superficiario. Ma se anche questa ragione non persuadesse, non per ciò un diritto dato appositamente a costoro, dovrebbe estendersi a chi abbia una semplice servitù.

« Nella compra di una via, l'uso di essa tien luogo di tradizione del possesso. E perciò sono stati costituiti gl' interdetti quasi possessori » Ecco tutto ciò che dice la legge ult. D. *de servit*. È una vaga menzione d' interdetti quasi possessori, e per la tradizione di un diritto. È un rinvio tutt' al più agl' interdetti quasi possessorj. E bene tra quegl' interdetti v' ha alcuno che applichi alle servitù l' interdetto *Uti possidetis*? Quella vaga menzione ha potuto da se sola, senza originale, derogare ad una legge precisa, che limita l' *Uti possidetis* agl' immobili per natura o per legge?

Il secondo argomento di VOËT va contro la sua opinione. Poichè la legge ha dato interdetti possessorj per alcune soltanto delle servitù di fondi rustici, gli ha negati per conseguenza alle altre dello stesso genere, ed a tutte de' fondi *urbani*. E tal privilegio ha le sue ragioni, secondo VINNIO * Nè importa che per goderne, non si richiegga il possesso al tempo della contestazione della lite, ma si bene al tempo anteriore, perchè la conseguenza è sempre quella di assicurare il possesso attuale.

Aggiungete che il possesso nelle cose incorporali, e specialmente nelle servitù discontinue, essendo più incerto che il possesso di un fondo, ha bisogno di atti reiterati per essere riconosciuto senza equivoci: nè si può trovarli che nel tempo

( ) Ut corporalium rerum possessio, ita et servitutum quasi possessio usurpari potest. Verum enimvero NON DE OMNIBUS interdicta sunt, sed DE QUATUOR GENERIBUS tantum, ubi utilitas major id postulare visa est. Genera sunt haec: de itinere actuque privato; de aquaeductu; de aquae haustu; de cloacis » *Part. jur. lib.* 11, *cap. L.*

anteriore alla controversia, e non sospetto. Per una sola servitù, cioè per l' acqua quotidiana, l' interdetto si contenta anche dell' uso avutone entro l' anno, in un sol giorno, o in una notte: Eccezione singolare comandata probabilmente dall' urgente bisogno del postulante, e dal lieve incomodo del fondo servente. Per contrario trattandosi del possesso di fondi, e l' oggetto dell' *Uti possidetis* essendo di conservare lo stato attuale, si cerca conoscere chi attualmente possiede, non chi abbia posseduto. Differenza importante, che dà un' altra ragione per riconoscerlo inapplicabile alle servitù.

Dunque la dimostrazione di Voët non è così esatta, quanto la reputa Merlin.

v » Il proprietario, dice Merlin, può di privata autorità distruggere un opera che nel suo fondo venga altri a fare. Or sarebbe assurdo, che non potesse ottenère dal giudice una distruzione che avrebbe potuto effettuare egli stesso »— Questo argomento (che per altro ha un principio oscillante nel diritto romano) avrebbe tutta la sua forza, se la legge negasse assolutamente giustizia al proprietario. Ma può farsi questo rimprovvero alla legge, se ella prevedendo i varj gradi di un attentato, offre al proprietario i mezzi correlativi di prevenirlo, di arrestarlo, di annullarlo? In qualunque sistema di legislazione, v' ha delle norme come sperimentare i proprj diritti; norme che non si violano impunemente, e soprattutto nella legislazione romana dove l' errore dell' azione o della formola portava a decadenza. Se dunque si trascuri il mezzo indicato dalla legge, e si adoperi altro mezzo non indicato, il non conseguimento di ciò che si cercava, è a colpa non della legge, ma del postulante.

§ XIV *de superficiebus.*

82 Se il proprietario del suolo ceda ad alcuno il diritto di godersi tutto ciò che è nella superficie, come piante, alberi, edifizj, quel diritto dicesi *superficie, superficiarj* gli edifizj fatti o faciendi, e *superficiario* ancora il godente.

La cessione può farsi a titolo gratuito, o oneroso, come vendita, locazione a tempo perpetuo, o almeno non breve, col peso di una prestazione certa: l. 74, D. *de rei vindicat* —

Se la locazione è a tempo breve, il Pretore non gli accorderà l' azione *utile*.

Gli compete l' interdetto *Uti possidetis*, non direttamente ma ad *esempio* di questo interdetto, come *quasi interdetto*. Se è impedito nel godimento dal proprietario, può agire contro di lui, ed avrà *l' id quod interest*.

Si è già detto di sopra che gli compete la nunciazione di nuova opera, come conseguenza dell' azione *utile*. Quindi se questa gli fosse negata, per esser breve il tempo della concessione della superficie, dovrebbe essergli anche negata la nunciazione di nuova opera. *

§ XV. *Ne quid in loco sacro fiat.*

83 Con questo interdetto si proibisce ogni opera ne' luoghi sacri, nelle mura della città, nelle sue porte. E se l' opera sia fatta, si demolisce. Quindi l' interdetto è proibitorio insieme e restitutorio.

§ XVI. *Ne quid in loco publico vel itinere fiat.*

84 Questo titolo comprende due interdetti:

Ne quid in loco publico. Il Pretore proibisce di edificare o d' immettere in luogo pubblico: proibisce anche di ristaurare l' opera fatta. Luogo pubblico è quello che è destinato ad uso pubblico, e comprende suoli, edificizj, poderi, strade (*vias*) e sentieri (*itinera*).

L' interdetto non comprende i luoghi che appartengono al Principe: essi sono sotto la cura de' suoi Prefetti: Nè ciò che si faccia nel mare, o nel lido, purchè non se ne deteriori l' uso.

La proibizione è per interesse pubblico, e privato. Ed è danno anche la privazione, sia totale, sia parziale, di un comodo.

La concessione data dal principe di edificare in luogo pubblico s' intende senza incomodo altrui, a meno che altrimenti sia stato concesso.

---

* Ciò appoggia la opinione di coloro che davano ai fittajuoli *a lungo tempo* il diritto di nunciare la nuova opera.

Se per effetto dell' edifizio cessi di fluire nel fondo del vicino ciò che prima vi fluiva , ma senza che egli vi aveva diritto , non hâ luogo l' interdetto.

Se l' opera sia semplicemente *preparata* , il giudice farà dare cauzione onde l' opera non si faccia.

Se l'opera sia stata *fatta*, senza che alcuno l' avesse proibita, non si può farla demolire , *ne ruinis Urbs deformetur*, ed anche perchè quest' interdetto è proibitorio , non restitutorio: Salvo però all' Autorità competente il diritto di farla demolire se nuoccia al pubblico , o d' imporre un dazio pel suolo occupato , *solarium*. Se poi era preceduta la proibizione , l' opera dev' essere demolita , *alioquin inane et lusorium Praetoris imperium erit*; l. 7, D. *h. t.*

Cessa l' interdetto se colui che l' invoca , fu il primo a contravvenirvi , edificando illecitamente in suolo pubblico.

85 *Ne quid in via publica itinereve publico fiat*— *Vie pubbliche* sono quelle , il cui suolo è publico — Sono *vicinali* quelle che sono ne' vichi o conducono a vichi , o non hanno uscita (*non spuntano*) e sono fatte per collazione de' poderi laterali — *Private* o *agrarie* sono quelle che sono destinate ad una servitù.

Le vicinali sono considerate pubbliche , se sian fatte da tempo immemorabile , ovvero non per collazione de' poderi vicini , ancorchè la manutenzione fosse a loro carico *.

Le agrarie sono pubbliche , se cominciando da una strada consolare , conducano à poderi o ville , è sia lecito a tutti di transitarvi.

Così dopo lungo tempo le *vicinali* dovevano diventare pub-

---

* Una legge non ammette la trasformazione delle vie vicinali in pubbliche , se non nel caso che non fossero state aperte sopra suolo contribuito dai vicini, l. 2, § 22 D. h. t. — Altra legge (ed è dello stesso Ulpiano) mentre le ritiene aperte per collazione de' vicini , le fa nondimeno pubbliche , se di esse non vi è memoria ; l. 3 , D. de locis et itin. publ. — Pothier attribuisce la trasformazione delle vicinali in pubbliche , alla mancanza di memoria , o sia di un documento che il suolo delle vie vicinali fu dato dai vicini ; ma gli osta il tosto della seconda legge, la quale mette in fatto che le vie sono state fatte a spese de' fondi laterali ; *quae ex agris privatorum collatis factae sunt.*

Voet poi senza distinzione le reputa pubbliche in quanto all' uso: la loro antichità immemorabile è, secondo lui, una ragione di più da farle pubbliche.

bliche. E pubbliche diventavano pressocchè tutte le *agrarie*, perciocchè tranne le vie interne da un podere all' altro, tutte le altre cominciavano dalle pubbliche. La legge non tien conto che la riparazione sia a carico de' vicini, per la ragione che i vicini ne hanno l' uso e l' utile. Ragione non interamente vera, perchè partecipa dell' uso e dell' utile chiunque vuole, e perchè a danno de' vicini cresce per lo transito di tanti la spesa della riparazione.

Cade nel interdetto colui che con la nuova opera impedisca o renda incomodo il passaggio, o produca il ristagno delle acque nella via pubblica, o faccia al di sotto un acquidotto, o al di sopra un ponte. Non importa che il danno non sia ancora avvenuto, bastando che sia certo o probabile.

Effetto di quest' interdetto, semplicemente *proibitorio*, è la inibizione dell' opera, e la riparazione de' danni-interessi all' attore.

86 *Quod in via pubblica, itinerere pubblico factum, immissum habes, quo ea via, idve iter deterius sit, fiat, restituas* — Con quest' interdetto che è *restitutorio* e *perpetuo*, si ottiene la ripristinazione delle cose nello stato in cui erano prima della innovazione, oltre de' danni-interessi — Ha luogo contro del-l' autore dell' opera, se la possiede. Se poi sia posseduta da altri, è tenuto a soffrire che l' opera sia tolta. Che se l' autore dell' opera l' abbia derelitta, è nondimeno tenuto con l' *utile* interdetto.

Gl' interdetti *proibitorio* è *restitutorio* sulle vie pubbliche, riguardano le vie rustiche fuori della città. Le vie urbiche non vi sono comprese.

§ XVII. *interdetti su i fiumi pubblici e loro rive*

87 Su i fiumi pubblici e le rive abbiamo sei interdetti, cioè quattro comuni ai fiumi ed alle rive; uno proprio pe' fiumi, uno proprio per le rive.

Il fiume si distingue dal *rivo* per l' ampiezza o per la opinione de coloni vicini. Sono fiumi pubblici quelli che hanno acqua perenne, ancorchè mancasse in qualche està.

Gl' interdetti riguardano i fiumi navigabili; ma sono applicati anche ai non navigabili, premettendo all' interdetto il solito prenome, *utile* interdetto.

Tre interdetti riguardano più l' interesse della navigazione e tre altri dell' agricoltura.

Navigazione :

88 Il Pretore proibisce che nel fiume o nella riva si faccia alcun' opera la quale nuoccia alla stazione de' navigli o alla navigazione , o all' accesso pedestre.

Chi abbia edifizj nell' una e nell' altra sponda , non può fare un ponte di sua pertinenza.

Non è pubblica l' isola nata nel fiume : nè il terreno che sia stato circondato dal fiume.

L' alveo antico cessa di esser pubblico : ed in vece diviene pubblico l' alveo nuovo , ancorchè prima era privato.

Secondo queste norme si vedrà se competa o no l' interdetto.

Altro interdetto ordina la demolizione di ciò che siasi fatto contro, l' interdetto *proibitorio* , ed è detto perciò *restitutorio.*

Il terzo interdetto vieta le vie di fatto contro la libera navigazione l' embargo , e lo sbarco : è *proibitorio.*

Agricoltura :

89 Col primo interdetto si vieta di fare o immettere opera, la quale in danno de' vicini dia alle acque altro corso , cioè più rapido , che nell' està precedente. E se l' interdetto ha luogo nell' inverno , si prende norma non dalla prima està in ordine retragrado , ma dalla seconda. L' està si riferisce all' equinozio di autunno. Intanto si attende all' està , perchè il corso regolare di un fiume si conosce nell' està piuttosto che nell' inverno.

L' oggetto dell' interdetto è d' impedire che il fiume s' inaridisca per tante derivazioni, o non concesse , o cui si volesse alterare nella forma o nel sito. È dato a chiunque del popolo, e compete anche contro gli eredi del novatore.

Che se la deviazione che si vuol dare al fiume , tenda a premunire da inondazione il proprio fondo , il Pretore vedrà se questa eccezione debba ammettersi.

Col secondo interdetto (*restitutorio*) si minaccia la distruzione di ciò che siasi fatto in contravvenzione del primo.

90 Una legge , messa sotto altro titolo , dà queste spiegazioni : Secondo i più periti l' anno dividesi in due periodi, ciascuno di sei mesi , està ed inverno. L' està comincia dall' equinozio di primavera, e finisce all' equinozio di autunno.

L' inverno dall' equinozio di autunno all' equinozio di primavera. Quindi il tempo estivo (che deve servir di norma) può esser distante di un anno e sei mesi dal tempo della controversia, e comprendere due estå; ciocchè accade, se dell' acqua si fosse usato nel principio dell' equinozio di primavera (cioè nel principio dell' està *legale*) e l' interdetto abbia luogo nell' està seguente, un giorno prima dell' equinozio autunnale. E se avesse luogo nell' inverno, l' intervallo può estendersi a due anni. L. 1, § 31, 32, 33 *D. de aqu. quot. et est.*

In queste teorie si può notare: la non naturale divisione dell' anno in due stagioni, la durata non vera dell'està per sei mesi, e quindi il bisogno non così lungo nè uguale delle irrigazioni. Se la contestazione avvenga nel principio dell' està *legale*, nè si potesse riconoscere altrimenti il corso naturale del fiume, sarebbe necessità verificarlo qual era nell' està precedente. Ma se la contestazione fosse nell' està inoltrata, cioè quando il fiume dev' esser già tornato al suo corso naturale, perchè non si può prender norma da quella stessa està, e si debba retrocedere all' altra precedente? Peggio, se la contestazione cada nell' inverno. Non so intendere, per es. perchè a 19 marzo 1844 (ultimo giorno dell' inverno) o anche prima, non può attendersi allo stato in cui era il fiume nell' està del 1843, e debbasi in vece ricercar quello dell' està del 1842. Convengo che nell' està il corso del fiume è più certo, ma l' està ultima può averlo fatto conoscere e meglio che la penultima, per gli eventi fisici ed atmosferici che han potuto intercedere tra l' una e l' altra està, e che possono rendere inapplicabile la norma del penultimo tempo estivo

Ciò per gl' interessi privati. Ma il corso di un fiume pubblico dev' essere indipendente da interessi privati. A niuno dev' esser permesso di deviarlo dal suo corso attuale, qualunque possa essere stato il suo corso precedente, qualunque sia l'utile o il danno, passato o presente, che ne risenta qualche vicino. Niuno può reclamare l' uso di acque pubbliche nel modo come ne avesse goduto in tempo passato, e solo perchè così si fosse lasciato goderle. Lo stato in cui trovasi il fiume nel tempo attuale, e lo stato attuale de' bisogni de' fondi laterali, debbono regolare l' uso che possano fare delle sue acque i vicini, esclusa la finzione di una està *legale* di sei

mesi, smentita dalla natura; esclusa la norma ordinariamente fallace dell' està antipassata; ed esclusi i passati rapporti di vicinanza, già cessati o alterati dal tempo.

§ XVIII. *De ripa munienda.*

91 Il Pretore protegge le opere che si fanno per munire la riva del fiume, purchè non nuocciano alla navigazione. Il vicino che ne teme danno per l' agricoltura, deve affrettarsi prima che l' opera sia fatta, e chiedere la cauzione *damni infecti*, la quale dura per dieci anni. Fatta l' opera, e quand'anche gliene sia venuto danno, non può invocare quest' interdetto, ma avrà l' azione *in factum* per la legge *Aquilia*.

§ XIX. *De itinere actuque privato.*

92 Sotto questo titolo sono due interdetti, e limitati ambedue alle *servitù rustiche*. Il primo protegge colui il quale *nec vi nec clam nec praecario* sia passato pel fondo altrui entro l' anno, o almeno per trenta giorni, ancorchè non avesse diritto a servitù — Se il passaggio sia stato non vizioso sul principio, ma vizioso in prosieguo, non gli nuoce, perchè ciò che avvenne regolarmente, non può esser cangiato o viziato da delitto sopravvenuto, *superveniente delicto* (massima non lodevole) — Chi passa dopo la proibizione, passa clandestinamente *. Non ha luogo l' interdetto, se il passaggio pel fondo del vicino sia stato consigliato da necessità o da comodo, come per evitare un torrente, o perchè la strada pubblica era interrotta.

93 Col secondo interdetto è protetta la rifazione che alcuno imprenda della strada o via con tre condizioni. La prima che debba giustificare di avervi servitù di passaggio: la seconda di non alterare affatto lo stato pristino della strada; la terza di dar cauzione *damni infecti* all' avversario. La ragione della prima condizione è, che il proprietario nulla perde che il vicino continui a passare come nell' anno scorso. Ma rifare

* Anzi per forza, secondo la l. 1, § 5, D. *Quod vi aut clam* — *Pothier* concilia le due leggi così: Se l' inibito opera palesamente disprezzando la proibizione, *vi facit*. Se poi in modo furtivo, *clam facit*.

una strada è qualche cosa di nuovo, che non deve permettersi nel fondo altrui se non a titolo di servitù * — *Quid* se nel rifarla si voglia costruirvi al di sotto un ponte nuovo? È permesso, purchè senza del ponte non si possa passare; l. 3, § 4, D. h. t.

Se il proprietario edifichi nel luogo del passaggio, può essere impedito con la nunciazione di nuova opera? No, perchè una legge apposita che ho riportato nell' art. 10, lo niega.

§ XXX. *De aqua cottidiana et aestiva.*

94 Tre interdetti sono esposti sotto questo titolo. I. *De aqua cottidiana*: II. *De aqua aestiva* — III. *De aqua quae ex castello ducitur.*

95 Acqua *quotidiana* è l' acqua perenne, di cui si può far uso in ogni giorno. Acqua *estiva* quella di cui si suole usare nell' està. Acqua *ex castello*, quella che si trae da pubblico serbatojo.

Per l' acqua quotidiana il Pretore ne conserva l' uso a colui che lo abbia avuto nell' anno, ancorchè fosse stato per un giorno o per una notte soltanto; l. 1, § *h*. D. h. t.

96 Per l' acqua estiva, a chi ne abbia usato nella penultima està. È dato poi l' *utile* interdetto a colui, che abbia usato dell' acqua non nella penultima està, ma nell' ultima; ed a colui che sia stato solito di usarne nell' inverno, non nell' està.

Appartengono a quest' interdetto le leggi che ho riportato nel § xv. *Degl' interdetti su i fiumi pubblici*, per la durata dell' està e dell' inverno, e da quale està dovesse prendersi norma per conoscere lo stato delle acque.

97 Tanto per l' acqua quotidiana che per l' acqua estiva, il Pretore vieta qualunque novità che alterasse l' acqua o il suo corso, e tra le novità proibisce di *edificare* nel fondo donde viene l' acqua. Compete dunque la nunciazione di nuova opera contro chi edifica? Avendo il Pretore provveduto agl' interessi dell' agricoltura con un apposito interdetto, io credo che

---

* Altrove (*De rivis*) si assegna altra ragione.

l' impedimento si ordinava dal Pretore per l' interdetto proprio, non per l' editto generale della nunciazione di nuova opera Ma per la urgenza, credo che la parte poteva usare della nunciazione privata, salvo poi al Pretore l'applicazione dell' interdetto speciale.

98 Per l' acqua che si prenda *ex castello* o da altro luogo pubblico, il Pretore ne conserva l'uso secondo la concessione che siasi avuta dal Principe: la quale se fu fatta alla persona, con questa si estingue: se poi fu fatta al fondo, non si estingue.

Quest' interdetto, a differenza degli altri, non riguarda un possesso temporaneo, nè prepara, come quelli, la causa nel merito; ma dà termine assoluto alla controversia *.

§ XXI. *De rivis* **.

99 Il titolo è de *rivis*, ma l' interdetto riguarda *rivos*, *specus*, *septa*. *Ulpiano* definisce tutte tre queste parole, ed anche *incile*.

Rivus *est locus in longitudinem depressus quo aqua decurrat*, l. 1, § 2, D. h. t, Quindi è propriamente un canale, fatto con incavare il terreno; ma ciò non esclude che possa essere lastricato al di sotto o fabbricato lungo i lati, siccome apparisce da alcune leggi messe nello stesso titolo.

Specus è un acquidotto sotterraneo.

Septa sono le palizzate o dighe, di legno, di pietra o di altra materia, per divergere le acque.

Incile *est locus depressus ad latus fluminis*, per condurre le acque ad un molino o altrove.

Le fosse, i pozzi appartengono ancora a questo editto.

100 Il Pretore proibisce di fare opposizione a chi voglia ristaurare o purgare di un acquidotto di qualunque specie, palizzate,

* Meminisse autem debemus, in hoc interdicto totam quaestionem finiri adsignationis, non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta, nec ad possessionem temporariam pertinet: sed aut habet ius *adsignatum* sibi, aut non habet, et interdictum totum finitur, l. 1, § 45, D. h. t.

** Quì *rivus* sembra diverso da quello che altrove (art. 87) è distinto da *flumen*. Qui è artefatto, là è naturale.

o dighe ; purchè non dia alle acque altro corso che nella penultima està. La ristaurazione comprende ciò che si faccia per covrire , lastricare , edificare , purgare. Non si può alterare il luogo , l' ampiezza , o la forma del canale ; ma si può aprire quello che era coverto , e covrire quello che era aperto, purchè l' avversario non dimostri essere a lui più utile lo stato primiero. Chi ristaura un acquidotto, può disprezzare la nunciazione che gli sia intimata di nuova opera , perciocchè è assurdo che sia impedito c n la nunciazione di nuova opera colui, a cui per divieto del Pretore non si può fare opposizione *.

Nella rastaurazione degli acquidotti non si cerca se l' attore abbia diritto alle acque, come si cerca nelle ristaurazione delle strade : e ciò perchè non vi è per le strade tanta necessità come per le acque; l. 4, D. h. t.

§ XXII. *De fonte.*

101 Per l' acqua viva da attingersi da un fonte , pozzo , o piscina, due interdetti eran proposti dal Pretore. Col primo proteggeva l' uso non vizioso , nel modo stesso che se n' era fatto nell' anno precedente. E l'uso comprendeva anche l' accesso. Col secondo si proteggeva la ristaurazione o purgazione di tai serbatoj.

§ XXIII. *De cloacis.*

102 Per le cloache private un solo interdetto dà il Pretore ed è proibitorio. Con esse proibisce di fare alcuna opposizione a colui che ristaura o purghi una cloaca che dal proprio fondo immetta ne' fondi de' vicini , senza esaminare se abbia o no diritto di estenderla nel fondo alieno , nè se ne abbia l' uso, e se l' uso sia non vizioso. E senza curare l' impedimento che il vicino cercasse fargli con la nunciazione di nuova opera. Può darsi luogo però a cauzione *damni infecti*, se la costruzione abbia qualche vizio.

* Si quis rivum rificienti opus novum nunciat , belle dictum est posse contemni operis novi nunciationem : Cum enim Praetor ei vim fieri vetet, absurdum est , per operis novi nunciationem eum impediri. Plane per in rem actionem dicendum est, posse adversus eum vindicari , ius ei non esse , dubium non est : l. 3, § 8, D. h. t.

Lo stesso interdetto è applicato in favore di colui che voglia immettere nella cloaca pubblica una sua cloaca già fatta, o una cloaca che si propone di fare.

Per le cloache pubbliche l'interdetto è *proibitorio* insieme e *restitutorio*: nella prima parte proibisce a chiunque di immettere in esse in modo da deteriorarne l'uso; nella seconda, se alcuno abbia già immesso, gli ordina di ripristinarla, e di purgarla a pena di danni-interessi.

TEORIE RELATIVE ALLA NUNCIAZIONE DI NUOVA OPERA ED AGLI INTERDETTI, SPARSE NEL DIGETTO.

§ XXIV, *De pactis*.

103 Il patto di non nunciare la nuova opera vale, se riguarda l'interesse privato; non vale se il pubblico; L. 1, § 14, h. t.

§ XXV. *De alienat. judic. mut. causa facta.*

104 Se tu hai alienato il luogo, dove avevi fatto una nuova opera per la quale eri tenuto per l'interdetto *Quod vi aut clam*, o per l'azione *aquae pluviae arcendae*, hai reso più dura la mia condizione, perchè se io agiva con te, avresti dovuto togliere l'opera a tue spese; mentre dovendo ora agire con altri, debbo toglierla a spese mie, perchè il possessore di opera fatta da altri, deve soltanto soffrire che si tolga l'opera. L. 3, § 2, *eod.*

105 Similmente se dopo averti nunciato una nuova opera, tu alieni quel luogo, ed il compratore faccia l'opera, sei tu tenuto con questo giudizio (cioè all'*id quod interest*), perchè non potrei agire con te che nulla hai fatto; nè col compratore, perchè a lui non fu nunciata l'opera; § 3, *eod.* *

§ XXVI. *De procuratoribus et defensoribus*

106 Per procuratore non sempre acquistiamo azioni, ma la ritenghiamo, come sarebbe se egli . . . . proibisca una

* Vedete ciò che ho detto nell' art. 29.

nuova opera, onde darci l'interdetto *Quod vi aut clam*, perchè anche questo ci conserva il pristino nostro diritto » L. 72, D. h. t.

§ XXVII. *De Publiciana in rem actione* *.

107 Ha luogo l'azione Publiciana per le servitù de' predj urbani, costituite per tradizione, o per tolleranza: come se alcuno abbia sofferto che per la sua casa passasse un acquidotto. E così pure per i predj rustici, pe' quali parimenti deve essere sostenuta la tradizione e la tolleranza » — L. 11, § 1. h. t.

§ XXVIII. *De servitutibus.*

108 Nell' acquisto di una servitù di passaggio, o di altro diritto, non potendo esservi tradizione, bisogna farsi promettere che il cedente non vi porterà alcuno impedimento. Del resto anche l' uso può tener luogo di tradizione del possesso. E perciò sono stati costituiti anche gl' interdetti *quasi possessorj* » L. 20, h. t. **

§ XXIX. *De servitutibus praediorum urbanorum.*

109 Nella servitù *ne luminibus officiatur*, può nunciarsi la nuova opera, se con questa si oscurerebbero i lumi: l. 15, D. h. t.

Se la novità, senza impedire il lume, ci priva dell' aspetto del sole, in luogo dove il sole era necessario, la novità è contro la servitù: l 17, h. t.

L' abbattimento o abbassamento di un edifizio può nuocere alla servitù di lumi, se per *rifrazione o ripercussione*,

---

* L' editto del Pretore era: *Si id quod traditur ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo*; L. 1 h. t.

** Da quest' ultimo periodo alcuni desumono, che per tutte le servitù è ammesso l' utile interdetto *Uti possidetis*. Ma a tale opinione osta: 1.° la legge che ha dato l' utile interdetto *Uti possidetis* alle servitù di usofrutto, di uso, di superficie: 2.° Per alcune servitù rustiche ha dato speciali interdetti, come abbiam notato di sopra, ai quali può alludere la legge sopra citata, con la semplice menzione d' interdetti quasi possessorj.

o per una certa *pressione*, il lume si svolgeva all' abitazione: l. 17 , § 3. h. t.

§. XXX. *Si servitus vindicetur.*

110 Le regola per conoscere chi sia *possessore* e chi attore, è questa : Se io non ho ancora edificato nel mio , l' avversario è possessore , e può impedirmi con l' azione civile (*confessoria*) , e con l' interdetto *Quod vi aut clam* , ed anche col getto di un lapillo — Ma se egli soffrisse che io edifichi, io diventerò possessore : l. 6 , § 1 , h. t.

Nella servitù *immittendi* , se le travi sono immesse , è *possessore* colui che sostiene la servitù : se poi non sono immesse , lo è colui che la nega , l. 8, § 3 , h. t.

111 Le teorie sul possesso delle servitù, e specialmente delle negative, ha tormentato gl' interpetri—SAVIGNY crede che quel *possessor est* non esprime qui il possesso, ma solamente il rapporto di reo convenuto (*Opera cit.* § 44 , nota) — A prescindere che questa opinione resiste al significato legale del vocabolo , basta , per non ammetterla , ricordarsi dell' avvertimento che lo stesso ULPIANO dava in materia di nunciazione di nuova opera , da noi già riferito , art. 21 , cioè d' inibire l' opera per mezzo del Pretore, o con *lanciare* un *lapillo*, anzichè con la semplice nunciazione , perchè con questa *faremmo possessore l' avversario* , l. 2 , § 10 D. de n. o. n. — E certamente in quella legge per *possessore* non intendeva semplicemente un reo convenuto , e molto meno negli altri due modi di nunciare da lui proposti , ne' quali il possessore è sempre l' attore. In parlare poi delle servitù , dà altro avvertimento da riconoscere chi sia il possessore, ed è notevole che tra i rimedj legali che conservano il possesso della servitù , mette di nuovo il *lancio di un lapillo* ; siccome lo conservano gli altri due rimedj da lui indicati , cioè l' azione *confessoria* , e l' interdetto *Quod vi aut clam*.

In somma , secondo ULPIANO , *re integra* , è possessore colui che non vuole la novità. *Opere facto* , è possessore colui che ha fatta l' opera. Le parti di attore e di reo convenuto sieguono ordinariamente questa distinzione ; ma non sempre, perciocchè può fare da attore tanto colui che sostiene la servitù con l' azione *confessoria* , quanto chi la combatte con l' azione *negatoria* , e quindi può essere possessore , ora

l' attore, ora il reo convenuto. Ciocchè dimostra che la qualità di possessore è indipendente dalla *persona* giudiziaria di attore o di reo. Appunto perchè l' *avversario può (s' egli vuole) diventare convenuto nel processo*, siccome dice Savigny, perciò per possessore non può intendersi sempre il convenuto.

112 Ha luogo l' azione *confessoria* contro di colui che voglia edificare o che abbia edificato nel luogo pel quale è dovuta la servitù di passaggio, o di stillicidio. Compete ancora all' usofruttuario, purchè l' edifizio non sia fatto, giacchè se è fatto, egli ha perduto l' usofrutto, e gli rimane l' azione di dolo: L. 9, D. h. t. *

Se si faccia novità a danno della servitù *oneris ferendi*, può essere impedita con l' azione *confessoria*, o con la nunciazione di nuova opera: *aut per hanc actionem, aut per operis novi nunciationem prohibetur*; L. 6, § 7, h. t.

§ XXXI *Ad legem Aquiliam*

113 Se il vicino abbia cacciato senza alcun diritto uno sporto sopra al tuo fondo, non puoi reciderlo di privata autorità, a pena di esser tenuto del danno — Se poi abbia fatto passare per la tua casa un acquidotto, tu puoi ripristinarlo. La ragione della differenza è, che lo sporto era poggiato nel suo fondo, l' acquidotto nell' altrui: L. 29, § 1, D. h. t.

§ XXXII. *Familiae erciscundae.*

114 In pendenza del giudizio *familiae erciscundae*, tutti i coeredi possono nunciare la nuova opera, secondo la rispettiva porzione: L. 47, D. h. t.

§ XXXIII. *De adquirenda vel amittenda possessione.*

115 Non deve confondersi il possesso con l' usofrutto, nè l' usofrutto con la proprietà; perciocchè l' usofrutto impedisce il possesso, e viceversa — Colui che è impedito di edificare, è impedito di possedere, l. 52, h. t.

---

* Qui è da notarsi così il male, che il rimedio della giurisprudenza romana.

§ XXXIV. *De usurpationibus et usucapionibus.*

116 Se dopo essere stato espulso dal passaggio che io avevo pel tuo fondo, ho lasciato scorrere lungo tempo senza più passarvi, perdo il passaggio, perchè il diritti incorporale non è suscettibile di possesso, ne di espulsione: *quia nec possideri intelligitur jus incorporale, nec de via quis,* (idest) *mero jure detruditur*; L. 52, D. h. t.

Con la usucapione non si può acquistare una servitù, ma si può liberarsene. E perciò se contro la servitù *altius non tollendi*, io abbia elevato l' edifizio, ed indi scorra il tempo stabilito, la servitù sarà estinta: § 29, *eod.*

§ XXXV. *De verborum significationibus.*

117 Basta aver posseduto due mesi, per intendersi di aver posseduto per la maggior parte dell' anno, purchè l' avversario abbia posseduto meno, o mai: L. 156, D. h. t.

SEZIONE II.

Diritto Giustinianeo.

Instituzioni.

§ XXXVI. *De servitutibus praediorum.*

118 Per acquistare qualchè diritto sul fondo del vicino, è necessario un patto, una stipolazione, o un testamento — Inst. *de servit praed.*

§ XXXVII. *De Interdictis.*

119 Gl' interdetti sono o proibitorj, o restitutorj, o esibitorj — Servono o per acquistare il possesso, o per ritenerlo, o per ricuperarlo . . . Per ritenerlo due sono gl' interdetti, *Uti possidetis, Utrubi*: il primo per gl' immobili, il secondo pe' mobili. Nell' interdetto *Uti possidetis* vinceva colui che possedeva nel tempo dell' interdetto, purchè il suo possesso fosse non vizioso, o il vizio fosse nel rapporto di tutt' altro che

dell' avversario. Nell' interdetto *Utrubi*, vinceva chi aveva posseduto (senza vizio) nella maggior parte dell' anno. Ma poi questa differenza è stata tolta, e per tutti due gl' interdetti vince colui, il quale nel tempo della contestazione della lite, possiede *non vi*, *non clam*, *non praecario* dall' avversario.

120 Dopo che tutti i giudizi son divenuti straordinarj, non è necessario ricorrere agl' interdetti; ma si giudica anche senza gl' interdetti, come se si fosse data l' azione *utile* per causa dell' interdetto: *Inst. de interdictis* *.

Della nunciazione di nuova opera non si parla affatto nelle *Instituzioni*.

Codice

§ XXXVIII. *De novi operis nunciatione.*

121 Nel codice abbiamo una legge su la nunciazione di nuova opera: Surto il dubbio, se scorso l' anno dalla prima nunciazione, potesse questa reiterarsi, *Giustiniano* trovando lungo il termine di un anno per la perenzione di una proibizione ingiusta, e breve per la giusta, prescrisse che in Costantinopoli il Prefetto della città, nella provincia il Rettore, fra tre mesi dalla inibizione si affrettasse a decidere la causa. Che se per qualche ambiguità dovesse differirsi la decisione, fosse permesso all' inibito di continuare intanto l' edifizio, data prima cauzione di demolirlo, se non aveva diritto a farlo; L. unica C, h. t.

122 Alcuni han creduto che per questa legge fu abolito l' interdetto *restitutorio*, nascente dalla nunciazione di nuova opera, salvo l' uso degli altri interdetti restitutorj *Quod vi aut clam*, e dell' *Uti possidetis*. Ma questa opinione mi pare che non ha alcun fondamento. *Giustiniano* non fece che risolvere il dubbio sulla perenzione annale della nunciazione, e provvedere alla celerità del giudizio. Anche dopo la sua legge, può aver luogo, durante il trimestre e dopo, l' interdetto restitutorio nascente dalla nunciazione di nuova opera. Durante il trimestre, se malgrado la nunciazione, si edifica. Dopo il trimestre e sino alla sentenza, se si edifica senza cauzione. S' intende poi che

* La stessa osservazione si trova nella l. 2, § 3, C. *de interdictis*.

durante il trimestre non è ammessa la edificazione provvisionale sotto cauzione.

123 Ma il giudizio, che dava il Perfetto della capitale, o il Rettore della provincia, era possessorio, o petitorio? La ragione di dubitare è che la legge non lo spiega; e che in generale gl'interdetti possessorj continuarono sotto gl'imperatori. E particolarmente per l'interdetto *Uti possidetis* fu distinto il giudizio sul possesso da quello su la proprietà.

Le ragioni di decidere, a mio avviso, che il Prefetto o il Rettore eran chiamati a decidere sul merito della nunciazione di nuova opera, sono:

1.° Affinchè dopo il giudizio sommario e provvisionale della nunciazione di nuova opera, potesse aver luogo altro giudizio provvisionale, bisognava una legge nuova, giacchè per legge antica l'*Uti possidetis* non era che un rimedio per rendere più efficace l'impedimento contro di un novatore ostinato; art. 79.

2.° Alle parole ed allo spirito della nuova legge di *Giustiniano* ripugna l'innesto di un giudizio possessorio. Egli voleva terminato *fra tre mesi* il giudizio, e certamente non sarebbe terminato, se si poteva passare all'esperimento dell'azione possessoria. Per motivo di differimento della decisione, non altro ostacolo egli vedeva se non che qualche inviluppo di fatto. Il permesso, che in tal caso, accordava di proseguire intanto l'opera, sotto cauzione di demolirla, se non si aveve diritto a farla, indica l'aspettazione di un giudizio diffinitivo. E lo scopo delle sue disposizioni, manifestato da lui stesso, è di rimuovere così le inibizioni capricciose, e garentire le giuste. *Sic enim et opera non per inanes denunciationes prohibentur, et recte denunciantibus consuletur.*

3.° Alcuni rescritti imperiali, che riporterò più appresso § XLIII, sopra nuove opere, fatte in pregiudizio di servitù, dettano in modo assoluto e diffinitivo al Preside della provincia di far ripristinare le cose come prima, e tener conto del danno; senza cennare affatto l'intermezzo di azione possessoria, abbenchè di questa fosse anche competente il Preside della provincia.

§ XXXIX. *Uti possidetis.*

124 Se il possesso del fondo siavi venuto *nec vi , nec clam, nec precario* dall' avversario , il Preside della provvicia non vi farà molestare : indi data cauzione, o trasferito il possesso * secondo l' editto perpetuo, giudicherà della proprietà : l. *unica*, C. h. t.

§ XL. *Qui legitimam personam in judiciis habeat vel non*

125 L' azione di possesso *momentaneo* può esercitarsi per mezzo di qualunque persona.

§ XLI. *Si de momentanea possessione.*

126 Trattandosi di possesso *momentaneo* , la sentenza si eseguе, non ostante l' appello; senza pregiudizio però della causa sulla proprietà : L. un. C. h. t.

§ XLII. *Unde vi.*

127 L' interdetto del possesso momentaneo , il quale (interdetto) non sempre riguarda violenza pubblica o privata, merita di essere subito ammesso , e talvolta senza accusa : L. un. C. h. t. *

§ XLIII. *De rei vindicatione.*

128 L' edifizio , che sia imposto sul suolo altrui , o sull'edifizio attaccato al suolo altrui , appartiene per accessione al padrone del suolo : L. 1 , h. t.

---

* Colui che vinceva nell' interdetto *Uti possidetis*, doveva dare cauzione di non abusare del possesso , finchè non si giudicasse del merito. Se non la dava , il possesso era trasferito all' altra parte.

** L' azione o interdetto *momentaneae possessionis* , di cui si parla nelle leggi sopra riferite, non appartengono alla classe *retinendae possessionis* , ma all' altra *recuperandae possessionis* , cioè *illico recuperandae*.

§ XLIV. *De servitutibus et aqua.*

129 La servitù *aquae ducendae* si prescrive a simiglianza degl' immobili. Ma se la prescrizione è interrotta da opposizione dell' avversario, non si può ricuperare la spesa dell' opera fatta per la servitù, perchè l' opera fatta in fondo alieno, spetta al domino del fondo — L. 2, h. t.

Se alcuno edifica in danno della servitù dovuta alla casa del vicino, il Preside della provincia farà ridurre le cose alla pristina forma, e terrà conto anche del danno: L. 5, eod.

Se il vicino sarà convinto di avere aperto *vi aut clam* una finestra nel muro tuo, sarà astretto a chiuderla ed a ripristinare il muro a sue spese: L. 8, *eod.*

Il vicino che abbia elevato il muro in pregiudizio di una servitù, sarà astretto dal Preside della provincia a togliere a sue spese la nuova opera: Ma se si proverà che servitù non vi era, non è impedito al vicino di elevare il muro— L. 9, C. *eod.*

§ XLV. *De aedificiis privatis.*

130 Sotto questo titolo è messa la celebre constituzione di Zenone. Le cose da notarvisi sono: — nella ricostruzione di edifizj deve ritenersi l'antica forma: nè nuovi non deve togliersi al vicino il lume o il prospetto di cui godeva, a meno che siavi patto o servitù in contrario—il nuovo edifizio deve distare dodici piedi dal vicino: cento piedi, se siavi aspetto al mare—le controversie di tal fatta, giudicate in prima istanza dall' arbitro, essere in appello di esclusiva competenza del Prefetto di Costantinopoli, da deciderle *subito*, senza le ordinarie dilazioni de' giudizj di appello. E se si volesse appellare dal Prefetto al sacro palazzo, dover farsi *immantinenti* — Colui che succumbesse, sarebbe condannato a tutti i danni ed interessi: L. 12, C. h. t.

Giustiniano aggiunse che questa legge non fosse locale per la sola *Costantinopoli*, com'erasì creduto, ma generale nell'impero, e che nelle provincie fosse applicata da Presidi: L. 13, *eod.*

Novelle.

§ XLVI. *De novi operis nunciatione maritimi aspectus.*

131 Siccome alcuni per eludere la legge di *Zenone*, serbando

la distanza di cento piedi, elevavano un solo muro, non ad altro oggetto che per togliere al vicino l'aspetto del mare, così questa frode fu proibita con la penale di dieci libre d'oro: L. un. h. t.

SEZIONE III.

QUAL ERA LA NUNCIAZIONE DI NUOVA OPERA DA GIUSTINIANO SINO AL 1738.

§ 1. *Giurisprudenza mista.*

132 Sul fato del diritto romano nell'occidente non debbo trattenermi. Quand'anche fra tante invasioni di barbari, l'uso del diritto romano fosse continuato, come si afferma da alcuni * ovvero fosse stato intermesso fino a Lotario II, come da molti si credeva, mi sembra fuori di controversia che lo studio è l'applicazione dovevano essere conformi alle barbarie di quei tempi. Per questa cagione, ed antecedentemente per lo severo divieto, fatto da GIUSTINIANO, di qualunque comento sul diritto romano (divieto che è stato fino a' nostri tempi censurato indistintamente, per inesattezza di esame, di che in altra opera) non esistono comenti per quasi secento anni da GIUSTINIANO a JRNERIO, o piuttosto a RUGGIERI che si crede il primo glossatore.

133 Nella collezione delle leggi antiche fatta da *Lindenbrogio* abbiamo due leggi che possono riferirsi alla nunciazione di nuova opera, e che riporto nella nota. Se trattavasi di edifi-

---

* Tra costoro si fece e si fa distinguere per la moltiplici ricerche, e piu ancora per la critica, *Donato-antonio d'Asti*, giureconsulto napoletano ed indi membro del Sacro Consiglio: *Dell'uso e autoriorità della ragion civile nelle provincie dell'imperio occidentale dal dì che furono inondate da barbari sino a Lotario II—Napoli* 1720 — Un confronto critico tra quest'opera e quella piu ampia di Savigny (*Storia del diritto romano durante il medio evo*, vol. 4 1814-1827) è stato qui fatto dal giovine *Morgigni*: lavoro tanto più lodevole che apparisce dettato da puro amor patrio, benchè forse per moderazione abbia detto meno di ciò che poteva. E siccome l'opera del *D'Asti* era divenuta rarissima, una recente edizione ne è stata fatta per cura del sig. *Della Croce-Petrucci*, avvocato trasportato per le cose patrie, non ha guari defunto.

care una casa, la inibizione doveva farsi *prima che fossero erette le colonne*: si faceva a voce ed in presenza di testimoni. Se nondimeno il vicino continuava l' opera, sostenendo di esser suo il terreno sottoposto, udivansi con giuramento i testimoni della inibizione, e la causa era decisa da *campioni* in duello: *et cum campionibus causa terminetur.*

Per gli altri edifizj, non ancora chiusi da ricinto, la sospenzione dell' opera dipendeva da un rito specioso. *

V' ha pure tra le leggi de' *Borgognoni* una legge sulla servitù *luminis vel aeris*, cioè che tra le fabbriche private debbano intercedere dieci piedi, tra le pubbliche quindeci.

Vi sono delle leggi di altri popoli che riguardano edifizj piantati in buona fede o in male fede sopra terreni altrui, ma non parlano del modo come far sospendere l' opera, finchè non si giudicasse della controversia. È probabile che l' astratta distinzione del possesso dalla proprietà, e quindi del giudizio possessorio dal petitorio, era ignota a quei popoli barbari, o almeno non era confacente ai loro usi, e per contrario essi essendo per carattere intolleranti di dilazioni, andavan presto e diffinitivamente alla decisione della causa, senza misure provvisionali. E se l' autore del Codice de' Visigoti si mostrava inteso delle leggi romane, le riputava però difficili ed intricate, *quamvis elogiis polleant, tamen difficultatibus haerent*, per cui ne' giudizii le proibì con tutte le altre leggi straniere.

---

* 1. Si quis priusquam finita fuerit contentio, per fortiam aedificia elevare voluerit, et e contrario ille alter iacentibus columnis contradixerit, et inde testem habuerit, et is propter contumaciam legi obtemperare noluerit, sed suam perfecerit domum, et cetera aedificia sepis conclusione firmaverit, tunc dicat: *Emunda territorium meum usque ad legis praefinitionem*: et ille e contrario in suum dicit possuisse, et emundare minime debere. Iste vero dicit: *Ego testem habeo, qaod tibi jacentibus columnis contradixi.* Tunc testes iurantes testimonium proferant, et cum campionibus determinetur sententia »

2. In cateris huiusmodi aedificiis et horum conclusionibus nullatenus testificatio consistat, sed is qui aedificavit, cum sua lege defendat. Si autem curte ad huc cinctus non fuerit, ille qui defendere voluerit, jactet securem saiga valentem contra meridiem, orientem atque occidentem; a suptemtrione vero ut umbra pertingit, amplius non ponat sepem nisi determinata fuerit contentio » *Lex Bajuvariorum*, tit. 11. *De jacentidus columnis.*

134 Nel diritto canonico abbiamo quattro rescritti pontificj su la nunciazione di nuova opera — La cappella edificata *sive jure sive injuria* dopo la nunciazione di nuova opera, dev' essere demolita—Ancorchè il novatore voglia provare che aveva diritto di edificare — Dopo essersi ammesso il nunciante a provare il suo diritto, e che intanto restasse sospesa l'opera, non poteva il giudice di appello rivocare la interlocutoria, e permettere che fosse continuata l'opera, sotto cauzione di demolirla; e perciò l'attentato deve ridursi al pristino stato — Non ostante che l'inibito offra cauzione di demolire l'edifizio, nel caso che si trovasse non aver egli diritto a farlo, nondimeno *deve aspettare per tre mesi* che il nunciante provi la ragione dell'impedimento : *Is cui opus novum te nunciasse proponis, non obstante cautione, quæ offertur ab ipso, si non jure ædificatum existat*, TENETUR TE PER TRIUM MENSIUM SPATIUM EXPECTARE, JURIS SUI PRAEJUDICIUM PROBARE VOLENTEM — Decret. lib. IV, tit. XXXII.

135 Queste disposizioni sono prese dalle leggi romane; e lo dice il primo rescritto. Due cose sono da notarsi : 1.ª le pruove di cui si parla nella interlocutoria, riguardano la proprietà, non il possesso : 2.ª e similmente accennano al merito la insinuazione di decider presto la causa, data nel primo rescritto, ed il termine trimestrale di aspettativa delle pruove che è menzionato nel quarto.

136 In quanto al possesso, il diritto canonico dà queste teorie di merito, e di rito — Dev' esser preferito colui che ha il possesso più antico e più giusto — E ciò anche nelle controversie di *quasi possesso* — Ne' beneficj però esser necessario un titolo almeno *colorato* — L' azione possessoria può cumularsi con la petitoria, o introdursi in pendenza del giudizio petitorio, prima però delle conchiusioni — Si può giudicare simultaneamente dell' una e dell' altra, ma nella esecuzione prevarrà le sentenza sul petitorio — In pendenza del giudizio possessorio, è sospeso il petitorio che fosse introdotto dall' altra parte.

137 SPOLIATUS ANTE OMNIA ET SUPER OMNIA RESTITUENDUS. Questa è la celebre massima del dirito canonico (*Decret. De restit spoliat. cap. VII*) menzionata nella giurisprudenza di quasi tutti i popoli di Europa. Essa vale anche contro il terzo possessore che al tempo dell' acquisto fosse stato conscio dello spoglio,

Qui scienter rem talem receperit : Cap. XVIII *eod* : E ciò perchè spesso avveniva , che perduto il possesso , si perdeva anche la proprietà per difficoltà di pruove *. Ciò dimostra che niuna azione competeva contro di colui che aveva acquistato nella ignoranza dello spoglio violento. Ma i curiali qualificando questo rimedio come *in rem scriptum* , lo applicarono indistintamente contro qualunque possessore, con titolo o senza titolo , di mala fede o di buona fede , avente causa immediata o mediata dall' autore dello spoglio **. Opinione non solamente contraria alle parole surriferite del testo , ma anche all' altro contenuto nel cap. XV , dove si dichiara non aver luogo l' interdetto *Unde vi* contro di colui , *qui non spoliavit, nec spoliare mandavit, nec spoliationem ratam habuit.* ***

Cessa la massima: se trattasi di decime sopra aliena parrocchia — se lo spoglio sia imputato a tutt' altro che all' avversario — o se imputandolo all' avversario , non sia provato tra 15 giorni — se a colui che agisce sopra cose ecclesiastiche si opponga lo spoglio di cose private , e viceversa. Vedete i cap. 8, 10, 13 , X *de restit. spoliat.*

138 Secondo SAVIGNY l' azione di spoglio , benchè « non abbia fondamento nel diritto romano , è conforme al vero suo spirito , e gli serve di supplimento , e quindi essere applicabile a quelle servitù prediali , alle quali non si adatta l' interdetto *Uti possidetis* , e che non hanno interdetti speciali : ed offerire nel tempo stesso la pratica conciliazione per la quistione se gl' interdetti romani sono aplicabili o no a quelle servitù. Più oltre però non poter portarsi l' applicazione dell' azione di spoglio, e segnatamente non al diritto di famiglia , non

---

* Così disse Innocenzo III nel concilio Latenarese, tenuto nel 1216: *non obstante juris civilis rigore*, alludendo al diritto romano di cui era perito.

** *Josefli ant. Bruni, Inst. imper. lib VI, cap. V.*

*** FEDERICO II con due leggi stabilì: 1.° che l' autore della violenza non solamente dovesse restituire il possesso insieme coi frutti, ma essere ancora multato nella metà del valore dell' immobile; 2.° che se lo avesse già alienato, fosse nelle facoltà dello spogliato, o di agire per i danni-interessi contro l' autore della violenza, ovvero ricuperare il possesso da qualunque detentore, sia di mala fede, sia di buona fede, *per quascumque manus possessio ambulaverit, sive sciens, sive ignorans.* Per ragione della seconda legge dice, che spesso mancavano contro del

alle obbligazioni, nè alle materie regolate dagl' interdetti, senza indurre una confusione interminabile, ed un cieco arbitrio « Ciò dice per le teorie. In quanto poi alle regole di applicazione non trovando nella pratica regole precise ed uniformi, anzi contradditorie, crede che » solamente l'analogia del diritto romano possa anche in questa parte offrire un sicuro punto d'appoggio, per modo che ciascuna di quelle nuove giuridiche istituzioni abbia a trattare come uno sviluppamento del diritto romano, sempre però con riguardo alla propria indole di ciascuna, ed al bisogno che da esse emerge»—*Del diritto del possesso*, § 50.

Per me credo: 1.° dove le teorie su lo spoglio siano state ricevute come leggi civili, si deve tutte eseguirle, senza escludere, come vorrebbe Savigny, le materie da lui indicate, e ciò per la semplicissima ragione che non è dato agl' interpetri di scegliere in quali materie le leggi debbano osservarsi, in quali nò: se ne avvenga confusione e arbitrio, spetta al legislatore di ripararvi — 2.° dove poi apposite leggi civili regolano i modi come si ricupera il possesso perduto per sofferta violenza, si deve star fermo a quelle leggi. La confusione e l'arbitrio vengono appunto dal volervi innestare disposizioni eterogenee. Il supplimento o modificazione delle leggi dev' esser fatto legitimamente, cioè nel modo stesso come si fanno le leggi, non per l'uso o piuttosto arbitrio de' forensi. 3.° Messo perciò da parte il supposto supplimento al diritto romano, non può dirsi risoluta ne conciliata di fatto la quistione, se gl' interdetti sono applicabili alle altre servitù indicate dall' autore; quistione che cessa di esser tale se sia proposta in questi termini: *Gl' interdetti costituiti per alcune date servitù prediali, sono applicabili ad altre servitù?* — o più breve: *Una legge speciale, è generale?*

139 Nel diritto patrio avevamo per ricuperare il possesso perduto per violenza, o per conservarlo, le leggi seguenti:

1. Colui che era stato violentemente rimosso dal pos-

---

terzo possesore le pruove del dominio (ragione che era stata addotta anche da Innocenzo III) o l'autore dello spoglio fosse insolvibile -- *Costit sicul lib. 1, tit. 24 et. 25* -- La collezione delle costituzioni di Federico II fu pubblicata nel 1231 — Delle Decretali, nel 1234, benchè le Decretali di Innocenzo III contro il terzo possessore di mala fede, ed in favore di quello di buona fede, fossero anteriori.

sesso, poteva a sua scelta agire tanto contro l'autore della violenza per tutti i danni-interessi, quanto contro il terzo possessore, o che fosse di mala fede o di buona fede, onde ricuperare il possesso — *Const. de rest. possess.*

2. L' autore della violenza era condannato a restituire la cosa, ai danni-interessi, ed alla pena stabilita dalle leggi. E la condanna era eseguita, non ostante appello. E quest' azione era data, ancorchè la cosa fosse mobile — *Cap. Subditorum — de poena violent.*

3. Se un laico o chierico si dolesse di violenza inferitagli da chierico o prelato, il quale lo turbasse nel possesso, o ne lo avesse già cacciato, o avesse commesso altro attentato con demolire o edificare, implorava la protezione del Re; ciocchè dicevasi, *imploratio regalis praesidii*, *seu capitulorum conservatoriorum regni*. Il Sacro Consiglio, a cui era rimessa la petizione, citava per editto chiunque vi avesse interesse, e quindi in contraddizione o in contumacia del genericamente citato, dopo una sommaria informazione, dichiarava: *Esse praestandum petitum regale praesidium, ac proinde omnia innovata esse ad pristinum reducenda* *: Ovvero. *non esse locum petito regali praesidio* — Dopo ciò, si faceva rapporto al Re.

Questo modo così straordinario di procedere (di cui trattavano quattro Capitoli del Re Ruggiero) consigliato certamente dalle circostanze di quei tempi, cessò poi col cangiamento di queste, dandosi luogo in simile casi a procedimento ordinario.

140 Dunque la nunciazione di nuova opera era regolata da un misto di diritto romano, diritto canonico, diritto patrio, consuetudini. E tutti questi non concordi elementi erano agitati da opinioni naturalmente varianti di scrittori esteri e nazionali, cui sarebbe lungo di esporre. Abbandonate tra noi le due specie d' inibizione privata, restò quella di autorità pubblica. E per renderla efficace, era accompagnata da minaccia dell' arresto de' fabbricatori » *Fabricatores desistant* : *et si postea reperiantur in fraganti*, *carcerentur.*

* Così appunto fu deliberato nel 1649 contro la demolizione di un muro, e la costruzione di nuova opera, che erano state fatte a danno del barone di Castellaneta nel 1647 — Vedi *De Rosa*, *Civ. decret. praxis*, *cap* XI.

§ II. *Introspetto ne' monasteri di monache.*

141 Con Prammatica del 12 novembre 1573 il Cardinale DE GRANVELA Vicerè, non solamente proibì per l'avvenire qualunque introspetto ne' monasteri di monache, ma ordinò ancora che » tutte le sasine e finestre che si trovavano fatte negli edifizj circostanti, si serrassero tra un mese, ed i lastrici si covrissero a tetto d' embrici, in modo che nè poco nè assai si potesse vedere nella parte di dentro di detti monasteri, ancorchè v' intercedessero strade ed altri luoghi, *quantumcunque* distanti, ed ancorchè vi pendesse lite. E ciò sotto pena di ducati mille, ed altre pene a suo arbitrio » — *Pramm.* II *De monialibus.*

Da questa legge saltano agli occhi, la sua forza retroattiva — il danno le spese ed il rancore di servitù imposta ad edifizj già così fatti — il niun limite di distanza, e specialmente in questa capitale dominata da un teatro di colline, le quali parte già erano, e parte sarebbero coverte da abitazioni — l'arbitrio riservato di altre pene. Nondimeno sareste tentato a scusarla per ragione de' tempi, ed applicare a sua discolpa ciocchè CICERONE diceva della legge di L. FLACCO: *Est invidiosa lex; verumtamem habet excusationem: non enim videtur hominis esse, sed temporis.* Orat. II, n.° 2 *contra Rullum* — Vedremo tra poco i temperamenti di fatto e di diritto, dati à tempi nostri per tale servitù.

Dopo questa legge vennero, secondo il solito, le *ampliazioni* forensi. Tra esse le seguenti:

1ª I monasteri, edificati dopo la legge hanno anch'essi il privilegio di far chiudere tutte le finestre e lastrici preesistenti? No, decise il Sacro Consiglio, e bene.

2ª Il privilegio dato alle monache s' intende dato anche ai monaci? — Che i monaci l' avessero domandato, passi: ma che ROVITO si angustiava a cercar ragioni a loro favore, ecco ciò che faceva meraviglia al buon RAPOLLA; e la pena che costui si diede a confutarle, fa supporre che la confutazione non era superflua.

SEZIONE IV.

Prammatica del 1738 per ciò che riguarda la nunciazione di nuova opera.

142 Nel 1734, conquistato questo regno dalla Corte di Spagna, e dato all' INFANTE CARLO che prese il titolo di CARLO III, non solamente cessarono i mali del governo de' Vice re, ma il ministro TANUCCI si occupò a riordinare le cose nel miglior modo che i tempi e le circostanze permettevano. Per la riforma dell' amministrazione della giustizia fu emanata la Prammatica del 14 marzo 1738. In essa, nel capitolo X del § 1 fu ordinato così, per la nunciazione di nuova opera:

» In tutte le cause *nunciationis novi operis*, che si trattano in questa Città, debba dalla parte che *nunciat novum opus*, o porta qualsisia impedimento, prima farsi il deposito di ducati diece, e questo fatto, e non altrimenti, potrà il Giudice far il decreto di *Fabricatores desistant etc.*, con ordinarsi nello stesso decreto, che il Tavolario riconosca della sussistenza dell' impedimento, e ne faccia relazione; la quale la parte denunciante debba procurarla tra lo spazio di giorni trenta decorrendi da momento a momento dal giorno in cui s' interpone il decreto *; qual termine elasso, s' intenda *ipso jure* tolta l'inibizione, senza esservi bisogno di altro decreto. E da decreti interposti in tali cause, od a dirittura dal Sacro Consiglio, o pure dalla Gran Corte della Vicaria confermati dal Sacro Consiglio, e da qualsisia Tribunale Collegiato, vogliamo che non si possa dalle parti produrre altro rimedio, anche di restituzione *in integrum*, se non solamente quello delle nullità, osservata la forma prescritta dalle leggi del Regno. A rispetto però delle cause di simil natura, che sono fuori di questa Città, e si trattano nelle Regie Udienze, o nelle Corti inferiori del Regno, il deposito sia di ducati sei, di minore o maggior quantità ad arbitrio del Giudice, da re-

* Sembra chiaro che il termine decorreva dal giorno della prolazione del decreto. Nondimeno per far cessare le discettazioni del foro la G. C. della Vicaria a ruote (*camere*) giunte in seguito di Real rescritto, dichiarò che il termine decorresse dal primo giorno giuridico dopo la notificazione del decreto — RAPOLLA — De jure regni » h. t.

golarsi dal valor della cosa, della quale si contende. E siccome per le cause di questa Città si ordina, che il Tavolario riconosca, e faccia relazione, così per queste si dica nel decreto, che gli Esperti riconoscano, e facciano relazione » — Pragm. xviii *De ordine et forma judiciorum.*

143 Il rimedio delle nullità corrisponde presso a poco al ricorso per annullamento alla Corte suprema di giustizia, giacchè doveva esser firmato dall' avvocato, essere accompagnato da deposito di un' ammenda eventuale, o da documento d' indigenza, ed indicare con precisione la legge romana o patria che fosse stata violata, o la scrittura pubblica presentata nel processo. È notevole che non davasi luogo a quelle nullità che derivassero da leggi che avevan ricevuto varie interpetrazioni da dottori o da tribunali * : Ciocchè, atteso lo stato della giurisprudenza di quel tempo, doveva ridurre necessariamente i casi di annullamento.

SEZIONE V.

Riforme giudiziarie del 1809 al 1819.

144 Occupato il regno dai francesi nel 1806, fu preparata la riforma de' codici e de' giudizj con la legge organica del 20 maggio 1808. In essa nel num. 2° del art. 22 fu dato a' giudici di pace di giudicare fra le altre cose:

2° Di mozione di termini, ovvero di usurpazione e di attentati commessi infra il termine di sei mesi »

Ma dal *Regolamento* della stessa data, e propriamente dall' art. 68 apparisce, che le cause *di nunciazione di nuova opera* erano riservate ai tribunali di prima istanza. Quel Regolamento non durò che fino al 1 marzo 1809, quando fu messo in osservanza il Codice di *procedura civile.*

145 *Codice di proc. civ.* — » Art. 3 La citazione dovrà farsi davanti al giudice del luogo della cosa litigiosa, ove si tratti :

» 2° Di rimozione di termini, di usurpazione di terreni, alberi, siepi, fossi, ed altri ricinti, commesse entro l' anno;

---

* Pramm. del 21 giugno 1728, XI sotto il tit. *De dilationibus.*

di attentati sul corso delle acque, commessi pure entro l' anno, e di qualunque altra azione possessoria. »

» Art. 23 — Le azioni possessorie non si ammettono, se non sono intentate entro l' anno dal turbato possesso, da colui che da un anno almeno possedeva pacificamente ed a titolo non precario, o per se stesso, o per altri aventi causa da lui »

§ I. *Giurisprudenza patria.*

146 Quale fu tra noi la giurisprudenza dopo questa legge francese? Sul principio fuvvi, e doveva esservi, qualche incertezza per causa della novità della legislazione. Indi fu ricevuta la massima, che al giudice di pace competesse la sola facoltà d' impedire il proseguimento della nuova opera; al tribunale poi spettasse di conoscere del merito.

Non mancò qualche decisione che riconobbe nel giudice di pace anche la facoltà di far ridurre al primiero stato le innovazioni e turbative, cagionate nell'anno del possesso » perchè le denuncie di nuove opere sono veri interdetti, e gl' interdetti appartengono alla classe delle azioni possessorie, *L. 1*, *ff. De interd.*, § *1*, *Inst. eod.*, e perchè le azioni possessorie e personali sono poste dalla legge nella competenza de' giudici di pace, art. 3, 23 e 27 Cod. di proc., e l' azione comprende tanto il diritto d' impedirne l' avanzamento, quanto quello di ridurre le innovazioni *ad pristinum* » *Decis. Corte di app. di Lanciano, 13 febbrajo 1815, e 30 aprile 1816* — CATALANI *Manuale di giurisp.* tomo 2, pag. 41.

Di più fu deciso, che potessero i tribunali fissare un termine in cui la parte nunciante dovesse proccurare a sue spese la perizia o l' accesso del giudice di pace sul luogo, perchè questi giudizj richieggono celerità, onde le antiche leggi del regno dichiaravano estinta l'azione, se nel termine non fosse eseguita la perizia: DECIS. C. D'APPELLO DI LANCIANO, 20 febbrajo 1811 — CATALANI, *Manuale di giurispr.* tomo 2, pag. 40.

Si vede bene in queste decisioni la idea di conciliare, o per dir meglio, adattare la nuova legge con l'antica, giacchè la norma è presa dalle leggi antiche, cioè dal diritto romano, o dalla Pramm. del 1738.

Nel *Supplimento alla Collezione delle leggi* non ho trovato alcuno arresto della nostra Corte di cassazione su la nunciazione di nuova opera.

§ II. *Giurisprudenza francese.*

147 In Francia la giurisprudenza in questa materia è varia. Sarebbe lungo riferire e discutere tutte le decisioni, e le opinioni di quegli scrittori. Mi limito a riferire le principali. Questa digressione, benchè fosse estranea alla nostra legge, non la è però alla nostra giurisprudenza, come vedremo.

148 Carrè » Le leggi antiche su la nunciazione di nuova opera sono abrogate: ella non è più ammessa come azione speciale e che abbia effetti che le siano proprj: ma sempre come *incidente* ad un azione principale, sia possessoria, o sia petitoria; è una semplice *misura provvisionale* che bisogna domandare al giudice del merito, incidentemente alla domanda principale » — *De la competençe*, tom. 1, pag. 500, 501.

149 *Corte di cassazione di Francia* — » La nunciazione di nuova opera, in tesi generale, è di natura possessoria, nel senso che tende a fare interdire la continuazione dell' opera incominciata, ed a far ordinare che le cose restino provvisionalmente *in statu quo*; » Ma non si deve confonderla con le altre azioni possessorie, poichè ella ha due differenze che le sono proprie, determinate dal diritto romano, consacrate dall' antica giurisprudenza francese e conformi alla sana ragione ed al vero spirito delle nuove leggi, cioè, 1° l' interdetto *de novi operis nunciatione*, non può essere più esercitato, dopo che siasi lasciato compiere la nuova opera senza lagnarsene; 2° se l' interdetto sia esercitato prima di compiersi l' opera, il suo effetto è limitato a farne proibire la continuazione, finchè il giudice *del petitorio* abbia deciso, se il proprietario che ha cominciata l' opera *sopra il suo proprio fondo* abbia il diritto di compierla o debba distruggerla: quistione che tocca essenzialmente la proprietà; e non può divenire l'oggetto di un' azione possessoria (*complainte*)» — Arresto de' 15 marzo 1826 — Sezione de' ricorsi.

150 *Corte suprema di giustizia di Bruxelles* — La nunciazione di nuova opera non è azione possessoria, quando l' o-

pera è incominciata *sul fondo dell' innovatore* — Arresto del 25 nov. 1817.

151 Henrion de Pansey : Nell' idioma legale *denuntiare* è sinonimo d' *impedire, interdicere ;* le leggi dicono in termini formali, *Denuntiare est prohibere , interdicere* , e quindi nel loro idioma le nunciazioni di nuova opera sono veri interdetti; non sono se non azioni possessorie. Vinnio lo insegna con queste parole: *Interdicta nihil aliud sunt quam actiones quibus de possessione disceptatur.* E poichè la legge dichiara le azioni possessorie tutte indistintamente di competenza de' giudici di pace, dà perciò loro la facoltà di giudicare delle azioni possessorie . . . L' effetto di quest' azione si riduce a proibire o permettere la continuazione de' lavori ed a verificare lo stato de' luoghi. Quì finisce il ministero del giudice di pace. Se l' autore della nuova opera vuole ottenere, che si rivochi il divieto del giudice di pace, *deve adire il tribunale*, perchè quest'azione è *petitoria* »

» Ma la nunciazione di nuova opera non ha luogo se non nel caso che l'autore della innovazione edifica sul proprio terreno. Non così se alcuno cominci ad edificare su di un terreno che io posseggo: questa fabbrica è una vera turbativa : io lo cito innanzi ai giudice di pace in via di azione possessoria, ed il giudice pronunzia come nel caso di azione ordinaria — *De la competence des juges de paix, chap.* XXXVII.

152 Merlin sulla quistione se l' azione di nunciazione di nuova opera sia possessoria , dice che l' affermativa non può essere suscettibile di alcun dubbio, quando l'azione riguarda una nuova opera fatta nel terreno dell' attore. Che il dubbio può nascere , quando la novità si faccia sùl terreno del convenuto. Ma anche in questo caso , egli sostiene che l' azione sia possessoria, e che il contrario arresto (che abbiamo di sopra segnato) della Corte superiore di giustizia di Bruxelles, sia un errore da non potersi sostenere , a fronte di due principj, l' uno che la nunciazione di nuova opera è caratterizzata *per interdetto* dalle leggi romane ; l' altro che gl' interdetti delle leggi romane non erano che azioni possessorie. E riporta in favore della sua opinione quattro altri arresti della Corte di cassazione di Parigi. Aggiunge che « l' azione possessoria, che i romani chiamavano *nunciazione di nuova opera*, non era la sola che fosse aperta contro l' autore di nuova

opera : ma che le si poteva sostituire l' *Uti possidetis* : e che l' azione possessoria presso i francesi non è altro che ciò che era presso i romani l' interdetto *Uti possidetis* » — *Questions de droit*, v. *Denunciation de nouvel oevre* § II. et V., 4ª *edit.*

153 Secondo Troplong » la nunciazione di nuova opera, qualunque sia il luogo dove si faccia, è talvolta un'azione possessoria, talvolta petitoria, secondo che si lega al possesso o alla proprietà. Se dai lavori incominciati, od anche finiti, risulti un danno positivo, una turbativa di possesso, è una vera azione possessoria. Se non siavi ancora danno, e si domandi la semplice inibizione de' lavori preparati, allora è il caso della nunciazione di nuova opera nella purità delle leggi romane : ma non lascerà di essere un' azione per mantenermi nel possesso, cioè un'azione possessoria di competenza del giudice di pace. Quindi la opposizione alla nuova opera in giudizio possessorio, è domanda principale, non incidente come dice Carré. »

» È poi petitoria, quando è fondata non sul possesso, ma sul diritto di proprietà e sui titoli. Allora la sospensione della nuova opera, può ottenersi dal presidente del tribunale in giudizio di *sommaria esposizione*; ovvero farne una domanda provvisionale, ed incidente nel giudizio petitorio, secondo gli art. 134 e 337 del cod. proc. civ.

» In somma è una *misura di precauzione*, che si lega ora al possesso, ora ad una quistione di proprietà, e che secondo i casi, può essere portata o davanti al giudice del possessorio, o davanti al giudice del petitorio »

» Dunque il carattere distintivo dell' azione possessoria e della nunciazione di nuova opera, carattere che in verità è spesso sconosciuto, ma che sopravvive a tutti gli errori, non è nel luogo dove son fatti i lavori, ma nel grado del loro avanzamento »

» Del resto io non dico che il giudice di pace ha il potere di far demolire un opera compiuta. Ma sosterrò sempre che è investito del diritto d' inibire e far cessare la turbativa, e che, conciliando la conservazione de' lavori coi diritti del possessore, debba colpire la innovazione nella sua sorgente, e fare che ne' suoi effetti non nuoccia al possesso annale »

Droit civil expliqué — Prescription, n° 313 a 328.

154. Zachariae (*) « Queste differenti opinioni (cioè di Henrion de Pabsey, Merlin, e Troplong) ci sembrano tutte contrarie al testo combinato degli art. 23 e 1041 del cod. di proc. »

« La nunciazione del diritto antico, che è un' azione piuttosto *provvisoria* che possessoria, più non ha luogo, ma si bene l' azione di turbativa, senza distinguere se i lavori sian fatti nel proprio fondo, o nel fondo altrui; nè se siano cominciati o compiuti. Ma niente impedisce che nel corso dell' azione possessoria, o petitoria, si potesse domandare, per misura provvisoria, la *sospensione* (non la distruzione) dei lavori che diedero luogo alla lite » — *Cours de droit civil français*, § 190.

155 Il sig. De *Foulan* nelle sue note a Levasseur, *Manuel des juges de paix*, osserva che le teorie su la nunciazione di nuova opera « han subito de' cangiamenti importanti per la giurisprudenza della Corte di cassazione e per le novelle leggi, le quali l' hanno ridotta, talvolta ad un *atto stragiudiziale* il quale non ha altro effetto che di prevenire il vicino, che la sua nuova opera potrà dar luogo ad un litigio, talvolta ad un *azione possessoria* ordinaria, la quale non impedisce al vicino di compiere la fabbrica, nè autorizza il giudice ad ordinare la distruzione de' lavori posteriori alla nunciazione, e molto meno a negargli udienza, finchè questi siano distrutti. In tale stato di cose la espressione di *nunciazione di nuova opera* è *pericolosa*, perchè richiama la idea, non di ciò che è realmente tale azione, ma di ciò che essa fu. Sarebbe prudenza *proscriverla* dal linguaggio attuale della giurisprudenza ».

§ III. *Se la nunciazione di nuova opera sia azione possessoria, o sia fusa nell' azione possessoria.*

156 Sulla giurisprudenza francese presento queste osservazioni :

1. Se l' ordine, dato anche per capriccio dalla parte, o ciecamente dal Pretore, di lasciare *statu quo* l' opera incominciata, costituisce l' azione possessoria, non può negarsi

---

(1) Professore nella Università di Eidelberga

questa qualità alla nunciazione di nuova opera. Ma se di un' azione possessoria, il possesso sia una condizione *sine qua non*, sicuramente la nunciazione di nuova opera non era azione possessoria. Bastava una parola, un cenno, per imporre agli operaj il dovere di desistere sul momento ; e dopo, per far demolire senza esame tutto ciò che si fosse fatto a malgrado della inibizione. Nè per la inibizione, nè per la demolizione, si richiedeva mai il possesso o la pruova del possesso. Senza avere il possesso o senza provarlo, si poteva nel momento impedire, e (se si continuava) far demolire; ed anche quando il possesso stava dalla parte dell' edificante: nel qual caso l' impedimento lungi di proteggere nell' attore un possesso che non aveva, lo turbava effettivamente in colui che ne usava edificando. Dunque la nunciazione di nuova opera, considerata astrattamente come facoltà inibitoria, era indipendente affatto dal possesso. Considerata nella sua applicazione, poteva anche offendere il possesso nell' altra parte.

II. L' interdetto restitutorio, nascente dalla stessa nunciazione, ed anche l' interdetto *Uti possidetis*, miravano ad *eventi* posteriori alla nunciazione, la quale era già fatta; e quindi non potevano avere influito a dare la qualità possessoria alla nunciazione. A prescindere poi che non tutti gl' interdetti erano possessorj, la nunciazione di nuova opera non è annoverata tra gl' interdetti possessorj: che anzi è collocata in titolo separato ed anteriore. A quale degl' interdetti possessorj poteva ella appartenere? Non ad altro che a quello *retinendae possessionis*. Ma abbiam veduto che anche colui che non possedeva, e quindi non aveva chè ritenere, aveva nondimeno la facoltà di nunciare, e di turbare per conseguenza il possesso in colui che lo teneva. Dunque l' argomento che fa possessorj tutti gl' interdetti, che mette tra gl' interdetti la nunciazione di nuoua opera, e ne fa un' azione possessoria, è per tutti i gradi difettoso.

III. Poichè nel codice di proc. civ. francese si parla in generale delle azioni possessorie, in particolare di alcuni attentati, senza dir nulla della nunciazione di nuova opera, e si dichiarano abrogate tutte le leggi precedenti ; diceva bene Carrè, ed anche Zaccariae, che le antiche leggi su la nunciazione di nuova opera sono abrogate. E se sono abrogate, non so intendere come si possa in ciò prender norma

dalle leggi romane, o come si possa innestarle alle nuove leggi su le azioni possessorie.

IV. Questo innesto mi sembra anche incompatibile. Affinchè il giudice di pace possa ammettere l' azione possessoria, è necessario aver prima verificato nell' attore il possesso di un anno almeno, senza di che non potrebbe conservarlo o reintegrarlo nel possesso, art. 23 *proc. civ. franc.* Ma per diritto romano, e per la natura stessa della nunciazione di nuova opera, la inibizione de' lavori deve esser fatta subito, perciocchè compiuta l' opera, manca la ragione dell' impedimento; è il caso di distruggere, non d' impedire; dunque la inibizione del giudice di pace verrebbe tardiva.

V. Nè potrebbe essere anticipata: Il fine della nunciazione di nuova opera, è come si e detto, l' impedimento de' lavori: il mezzo a conseguirlo con *l' azione possessoria* del diritto francese, è la pruova del possesso; nel petitorio è la pruova del diritto. Dunque la domanda dell' impedimento (che è sempre principale, come bene avverte TROPLONG) è subordinata sempre al merito delle pruove. Ora impedire i lavori in possessorio, prima di verificare il possesso, sarebbe ammettere l' azione possessoria prima di aver verificato le condizioni prescritte dalla legge, sarebbe un arbitrio. Affinchè si potesse impedirli in pendenza del giudizio possessorio, bisognava che questa facoltà importante fosse aggiunta nella legge, siccome fu aggiunta nel Codice del Cantone *di Friburgo.* (1) Diceva bene dunque il sig. *De Foulan* » che l' azione possesso-

---

(*), art. 455. Colui che è turbato o minacciato d' essere turbato nel possesso di un immobile per l' intrapresa di una nuova opera, può esercitare l' azione possessoria nell' anno della turbativa.

Durante la lite, non si deve continuare la nuova opera, sotto pena della demolizione e di un' ammenda di 4 a 50 franchi a discrezione del giudice.

456. Colui che è minacciato di turbativa o di pericolo nel suo posesso per la demolizione di un opera antica o edifizio, può domandare una cauzione su questo oggetto, e la demolizione dev' essere sospesa durante la lite, sotto pena di una ammenda da fissarsi dal giudice come sopra.

457. Similmente colui che è esposto ad essere turbato per un opera che minaccia rovina, può secondo le circostanze, domandare una cauzione, o la ristaurazione o la demolizione di tal opera, in un termine da fissarsi dal giudice. » *Code du Canton de Fribourg.*

ria non impedisce al vicino di compiere i lavori » Impedirli in petitorio, prima dell' esame del merito, sarebbe arbitrio maggiore, giacchè l' aver lasciato costruirli senza ostacolo, ed aver riconosciuto il novatore nel possesso, sia in seguito di giudicato, reso in favore di costui, sia per acquiescenza stragiudiziale, fa presumere che si aveva diritto a farli: presunzione di diritto che non può esser distrutta altrimenti che da un giudicato nel petitorio. Il provvisorio è già stabilito dal fatto e dal possesso riconosciuto, e deve durare sino al diffinitivo. Surrogargli altro provvisorio contrario al primo, sarebbe più che confondere il possessorio col petitorio, sarebbe eludere gli effetti del possesso legittimo; mettere in agitazione i possessori, in discredito i giudizj, e dare a' giudici un potere discrezionale, da usarne o non usarne a loro genio. Peggio in materia di edifizj. Pessimo in giudizio *di sommaria esposizione*. Nel tempo che vigeva tra noi la procedura francese, non ho inteso mai che un presidente di un tribunale di prima istanza si avesse arrogato il potere di emettere ordinanze in materia di nunciazione di nuova opera, e molto meno dopo che lo stato possessoriale fosse stato già assodato. Ed io spero che questo esempio, che è proposto francamente dall'autore francese, non si verifichi giammai tra noi.

Troplong si appoggia all' autorità di Ubero, cioè che essendo cessata la necessità di esprimere i nomi delle azioni, era indifferente, per chi fosse turbato nel suo diritto da nuova opera, di sperimentarlo in ogni altro modo, come con l' azione *communi dividundo*, *vindicatione servitutis*, *interdicto Uti possidetis, Quod vi aut clam, vel simili*. E che lo poteva non solamente *in petitorio*, ma anche in *possessorio* : *idque vel solemni interdicto curiæ, vel in municipiis a magistratibus eorum, vel eorum delegatis, ei curæ quam politiam vocant, praepositis*.

A me pare che la opinione del giureconsulto allemanno contenga due parti: la prima riguarda il giudizio diffinitivo su la nunciazione di nuova opera; la seconda il giudizio provvisionale. Del provvisionale, è inutile occuparci, alludendo l'autore ad una giurisprudenza locale, la quale permetteva che per inibire la nuova opera, s' invocasse o l' interdetto solenne della Curia, o quello del magistrato mu-

nicipale, addetto alla *polizia*. In quanto poi al giudizio diffinitivo o sia petitorio, non credo che dall' essere cessata la necessità di esprimere i nomi delle azioni, fosse cessata la natura e le condizioni della nunciazione di nuova opera, degl' interdetti, ed in generale delle azioni. Cessarono le formole o il procedimento, non la sostanza * Con una delle azioni ordinarie indicate da Ubero, si poteva e si può far demolire *diffinitivamente* un' opera nuova; ma la quistione non è se il danno, che venga da nuova opera, possa essere riparato così in petitorio, come in possessorio, ma si bene se sotto l' impero delle nuove leggi, senza la nunciazione di nuova opera, si possa cominciare di botto dal proibire la continuazione dell' edifizio: e se dopo essere stata permessa in possessorio, si possa *provvisoriamente* proibirla in petitorio. Ciocchè *Ubero* non dice, nè poteva dire. Lo stesso interdetto, di cui egli parla, è una specie di inibizione Pretoria, il quale conferma il bisogno di una misura provvisionale, e la sua non confusione col giudizio sul merito. Di fatti dopo avere indicato quell' interdetto, soggiunge così: *Quo victus, ad judicium petitorium transire potest.*

VI. È un errore che per nuova opera intrapresa da altri nel nostro fondo, non ci competa nunciazione di nuova opera, ma si bene *l' Uti possidetis*. Ulpiano dopo aver detto che per conservare un diritto o per allontanare un danno, può nunciare la nuova opera *is ad quem res pertinet* **, soggiunge poi: *Sed et si quis in aedes nostras. quid immittat, aut* IN LOCO NOSTRO *aedificet, aequum est, nos* OPERIS NOVI NUNCIATIONE JUS NOSTRUM CONSERVARE ***. E nel riferire le tre cause della nunciazione di nuova opera, cioè *naturale*, *pubblica*, ed *impositizia*, fa consistere la prima *cum* in NOSTRAS *aedes quid immittitur, aut aedificatur* IN NOSTRO. Avverte però, in tal caso cioè, *quoties quis* IN NOSTRO *aedificare, vel in* NOSTRUM *immittere vel projicere vult*, esser meglio inibire *per Praetorem, vel per manum idest per lapilli ictum* ****; e ciò

* Cui consequens est, interdicta jure posteriori sublata non esse, sed solam veterem illam curiosam ac diligentem verborum solemnitatem et observationem; adeoque nunc sufficere, si actor factum simpliciter enarret, et inde utilem in factum actionem, *ad instar interdicti*, proponat. Voet, *ad Pad. De interd.* — ** L. 1, § 19, D. de op. nov. nunc. — *** L. 5, § 8, D. eod. — **** L. 5, § 9, eod.

per la ragione che ho esposto più volte. Osserva bene **Merlin**, che « consigliare a colui sul cui fondo si fa la nuova opera, di procedere piuttosto con una domanda al pretore o col lancio di un lapillo, anzichè con la nunciazione verbale di nuova opera, importa sicuramente riconoscere in una maniera la meno equivoca, che le tre vie gli sono ugualmente aperte, e che egli può scegliere quella delle tre che meglio gli conviene ».

È vero che **Ulpiano** poco dopo propone di ricorrere all' interdetto *Quod vi aut clam*, o all' *Uti possidetis*, ma ciò non è per inibire l' opera, ma si bene per sostenere la già fatta inibizione nel nostro suolo: *Et si forte in nostro aliquid facere quis* PERSEVERAT, *aequissimum erit*, *Interdicto adversus eum*, Quod vi aut clam, *aut* Uti possidetis, *uti*, § 10 eod. Di fatti nel Titolo *Quod vi aut clam* lo stesso **Ulpiano**, costante nella teoria, da lui altrove stabilita, ripete che se alcuno, non curando la proibizione fattagli *per lapilli ictum*, *perseveri* nondimeno nelle novità, cade nell' Interdetto *Quod vi—Sed et si quis jactu vel minimi lapilli* PROHIBITUS *facere*, PERSEVERAVERIT *facere*: *hunc quoque vi fecisse videtur*, *Pedius et Pomponius scribunt*: *eoque jure utimur*. L. 1, § 6, D. *Quod vi aut clam*. Dunque l' uso tanto dell' Interdetto *Uti possidetis*, quanto dell' Interdetto *Quod vi*, era riservato al caso della continuazione dell' opera, malgrado che era stata inibita: SI QUIS PERSEVERAT — *si quis* PROHIBITUS . . . PERSEVERAVERIT *facere* * Con questa differenza, che l' *Uti possidetis* riguardava la continuazione delle novità nel fondo del nunciante: l' interdetto poi *Quod vi* comprendeva le novità continuate così nel fondo del nunciante che del nunciato. E con ragione, perchè l' *Uti possidetis* proteggeva il possessore del fondo; l' Interdetto *Quod vi* reprimeva generalmente le novità, dovunque proseguite, dopo la inibizione. E perciò quando le novità erano continuate nel fondo del nunciante, **Ulpiano** gli lasciava la scelta di reprimerle o con l' Interdetto *Quod vi*, o con l' *Uti possidetis*.

---

* *Non praestita cautione de opere demoliendo*, come nota *Accursio*

§ IV. *Se l' Uti possidetis*, e gl' Interdetti *Quod vi aut clam* sian fusi nell' *azione possessoria*.

157 Per conoscere in che differiscono questi tre Interdetti dall' azione possessoria del diritto francese, bisogna tener presente ciò che ho esposto nel § precedente, e ne' §§ VIII, IX, XII e XIII Sez. I. Mi limito quì a notare:

1° L' *Uti possidetis* protegge il possessore attuale — Ma per essere protetto nel possesso dalla legge francese, è necessario aver posseduto per un anno almeno, anteriore alla turbativa.

2° L' *Uti possidetis* mantiene nel possesso colui che n' è semplicemente turbato, perciocchè se ne fosse cacciato, l' espulso deve ricorrere all' Interdetto *Unde vi* — Ma l' azione possessoria tende non solamente a conservare taluno nel possesso, ma anche a reintegrarnelo: ossia riunisce insieme i due interdetti *restinendae*, *et recuperandae possessionis*, che nel diritto romano erano separati.

3° L' *Uti possidetis* riguarda le cose corporali ed immobiliari — L' azione possessoria si estende anche ai diritti, cioè al quasi possesso.

É chiaro da ciò, che i romani per decidere chi dovesse possedere, consultavano lo stato *presente*: noi per decidere chi deve possedere, o deve riputarsi di aver posseduto, consultiamo lo stato *passato* — I romani miravano alle cose corporee: noi anche alle incorporee.

Dunque mi pare, non esatta la proposiziône di Merlin, che nel diritto romano colui, a cui competeva la nunciazione di nuova opera, poteva sostituirvi l' *Uti possidetis*—meno esatta la equazione che egli stabilisce tra l' *Uti possidetis* e l' azione possessoria del diritto francese — illegale poi l' asserzione, che con l' interdetto *Uti possidetis* si poteva distruggere una nuova opera che il novatore aveva fatto *nel suo proprio fondo*. Come mai un interdetto dato a favore del possessore, vien trasferito al non possessore? Come un' interdetto dato per proteggere la continuazione dell' opera, è rivolto per farla distruggere? (*) Poteva il vicino far demolire una nuova opera

---

* Hoc interdictum de soli possessore scriptum est, l. 1, §§ 1 et 8, D. *Uti possidetis*.
Hoc interdictum sufficit ei qui aedificare in suo prohibetur:

fatta nel fondo non suo, ma ciò era a titolo di servitù, era per l'azione *confessoria*, giammai per l'*Uti possidetis*—V. ciò che ho detto nell'art. 81. Ed ivi credo aver dimostrato non esser vera l'altra sua proposizione che » quest'interdetto era insieme *proibitorio e restitutorio* « — *Questions de droit* — *V. Denonciat de nouv. œvre*, § v.

158 Per ciò che riguarda l'Interdetto *Quod vi aut clam*, non v'ha dubbio che Ulpiano limitando la nunciazione alle opere non fatte ancora, indica l'interdetto *Quod vi aut clam* per far ridurre al pristino stato ciò che per avventura si fosse fatto, ma non doveva farsi, *quod fieri non debuit*. Ma in quali casi? ne' casi in cui aveva luogo l'interdetto, e che io ho già esposti di sopra, cioè quando l'opera fosse stata fatta *vi aut clam*; casi contenuti come in germe nelle parole iniziali *Quod vi aut clam*, sviluppati poi in quel titolo. Ora l'interdetto *Quod vi* aveva luogo, quando, non ostante la nunciazione di nuova opera, il novatore avesse continuata l'opera: ciocchè importa che se inibizione non vi fosse stata affatto, non poteva aver luogo l'interdetto *Quod vi*. Imperciocchè il motivo principale, ripetiamolo, dell'interdetto *Quod vi*, era la resistenza di fatto, il disprezzo della proibizione, manifestato col prosieguo dell'opera. Ed in vero la ripristinazione, che il Pretore poi ordinava, era limitata a quella parte soltanto del lavoro, la quale era stata fatta dopo il divieto: *Si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit*. Vale a dire si distruggeva il fatto dopo la inibizione, restando poi a giudicarsi del fatto prima della inibizione. In somma si rimettevano le cose nello stato in cui erano al tempo della nunciazione: era l'esercizio della forza pubblica contro la indocilità del novatore. Restituite le cose allo stato in cui le aveva sorprese la inibizione, la controversia era giu-

---

etenim videris mihi possessionis controversiam facere qui prohibes me uti mea possessione: l. 3, § 2, D. eod.

Vim facit, qui non sinit possidentem eo, qnod possidebit, uti arbitrio suo: sive inserendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid aedificando: l. 11 D. *De vi et vi armata*.

Se si dica, essere stati gl'interpetri che anno esteso l'*Uti possidetis* alle servitù, allora mi si accorda ciò che sostengo.

dicata come la sarebbe stata, se il novatore non le avesse dopo la inibizione alterate.

159. In quanto al solo interdetto *Quod clam*, abbiam veduto che fa supporre ordinariamente il dovere di dare al vicino l' avviso dell' opera che s' intendeva fare; e che, o quando si mancava di darlo, ovvero si dava insidioso, allora era il caso di applicare quell' interdetto, per far demolire l' opera che era stata fatta clandestinamente: E clandestina riputavasi anche quella, che fosse stata fatta sotterra o in luogo recondito. Dunque quest' interdetto era un rimedio, diciam così, straordinario per soccorrere il vicino che per colpa del novatore non aveva potuto valersi del rimedio ordinario della nunciazione di nuova opera.

Dunque non è vero, che tutte le volte che l' opera fosse compiuta, si poteva sempre farla demolire per mezzo dell' interdetto *Quod vi aut clam*; ma si bene in alcuni casi, ne' quali quei due interdetti avevan luogo.

In breve: Si è fatta l' opera, impedendomi di venire ad inibirla? o si è compiuta, non ostante la inibizione? Ha luogo l' interdetto *Quod vi*.

Si è fatta l' opera senza avviso o con avviso insidioso, o si e fatta in luogo non aperto? Compete l' interdetto *Quod clam*.

160. In quanto poi agli effetti. Negl' interdetti *Quod vi aut clam*, non trattavasi che di demolire—Nell' azione possessoria trattasi così di demolire che di conservare.

Negl' interdetti *Quod vi aut clam* la demolizione era una rappresaglia istantanea e cieca dell' autorità pubblica contro l' autorità privata — Nell' azione possessoria la demolizione è la eventuale e tarda conseguenza di un giudizio.

Nell' interdetto *Quod vi* la demolizione colpiva le sole novità posteriori alla inibizione—Nell' azione possessoria la demolizione colpisce indistintamente tutte le novità fatte da un anno a questa parte.

Nell' interdetto *Quod clam* la demolizione non aveva luogo che in mancanza di avviso o di avviso sincero — Nell' azione possessoria, la demolizione delle novità è l' effetto del possesso annale, sia che l' attore le avesse ignorate, sia che le avesse sapute.

Negl' interdetti *Quod vi aut clam* il demolito poteva essere riedificato, se il Pretore vedeva mal fondata la inibizione; o se il novatore dava cauzione — Nell' azione possessoria il demolito non può esser più riedificato in giudizio possessorio.

161. Dopo ciò il lettore può giudicare, se sia esatto il pareggiamento che *Troplong* ed altri fanno della nunciazione di nuova opera cogl' interdetti *Quod vi aut clam*, e di questi interdetti con l' azione possessoria.

» Cosa è, dice Troplong, l' interdetto *Quod vi aut clam*? Non altra cosa che un ramo della nostra *complainte*, in caso di possesso di un anno ed un giorno, e di turbativa; non altra cosa che un' azione possessoria per fare scomparire i lavori fatti violentemente o clandestinamente per nuocere al possesso »

» Ecco dunque che Ulpiano, nel caso che manchi la nunciazione di nuova opera, ci rinvia ad un' azione che corrisponde alla nostra *complainte*: ecco che questo giureconsulto decide, che con questa azione, si otterrà la cessazione della turbativa, e lo ristabilimento de' luoghi nel loro antico stato: *ut restituantur* — *De la prescription*, n° 327.

§ V. *Nuova legge in Francia, e nel Belgio — Opinioni di* Pardessus.

162. La legge francese del 25 maggio 1838 fece alcune riforme su la competenza de' giudici di pace. Nell' art. 6, n° 1 è detto così:

» Art. 6. I giudici di pace giudicano salvo l' appello

» 1° Degli attentati commessi nell' anno sul corso dell' acqua inserviente alla irrigazione de' fondi ed al movimento di fucine e mulini, senza pregiudizio delle attribuzioni dell'autorità amministrativa ne' casi determinati dalle leggi e dai regolamenti; *delle nunciazioni di nuova opera*, turbative, azioni di reintegranda ed altre azioni possessorie fondate sopra fatti ugualmente commessi nell' anno »

Il guarda-sigillo disse alla camera de' pari: » Il progetto rende più chiaro il § 2 dell' art. 10, tit. 3 della legge de 16-24 agosto 1790, spiegandosi sopra gli attentati commessi nell' anno sopra i canali inservienti al movimento di fucine e mulini, e classificando formalmente nel numero delle azioni

possessorie le *nunciazioni di nuova opera*, la *complainte* la quale si esercita in caso di semplice turbativa che si arrechi ad un possesso acquistato, la *reintegranda* la quale suppone lo spoglio di possesso » — *Sirey*, 1838, parte 2, pag. 282.

Il testo che abbiamo riportato della legge francese, fu adottato negli stessi termini dalla legge belgica del 25 marzo 1841, e propriamente dall' art. 9, n° 1.

163. La legge francese ha ristabilito la nunciazione di nuova opera, e l' ha distinta dall' azione di turbativa: cicchè dimostra sempre più, che non stava nascosta, nè in tutto nè in parte, nell' azione di turbativa.

La legge l' ha compresa tra le azioni di competenza de'giudici di pace: e quindi fa cessare le varianti opinioni che la facevano vagare, ora davanti al giudice di pace, ora davanti al tribunale di prima istanza, ora davanti al presidente di prima istanza.

Ma quali sono le norme della ristabilita nunciazione di nuova opera? — Sono quelle del diritto romano e dell' antica giurisprudenza, da presumersi ugualmente ristabilite? — Può il giudice di pace cominciare dal proibire i lavori incominciati, o deve attendere l' esito dell' azione possessoria? — Pei lavori finiti, cessa come prima, la nunciazione di nuova opera? — Se l' anno non è scorso dal compimento dell' opera, può domandarsene la demolizione con l' azione possessoria?

Io ho cercato chè ne pensasse dopo la nuova legge qualche scrittore francese. Ecco ciò che dice Pardessus:

164. Pardessus dopo aver detto che la legge del 25 maggio 1838 ha messo la nunciazione di nuova opera nel numro delle azioni possessorie, dà le seguenti opinioni, che per distinzione io divido:

1° » La nuova opera che alcuno faccia sul fondo del reclamante, è una vera usurpazione, un vero attentato alla proprietà, il quale non può prendere il semplice carattere di nunciazione di nuova opera *.

2° Questa denominazione dev' esser data *solamente* all'azione,

---

* Dig. lib. 39, tit. 1, l. 5, §§ 8 et 9, era contrario » (Nota di Pardessus).

con cui alcuno si opponga ad un' opera incominciata nel fondo del vicino, la quale indurrebbe una servitù a danno del nunciante, o nuocerebbe ad una servitù stabilita a suo favore. Questa seconda azione, *della stessa natura della precedente*, è giudicata secondo i principj delle azioni possessorie.

3° *Se l' autore della costruzione* non giustifica il suo diritto, il giudice di pace gli vieta di continuare i lavori, e fa distruggere ancora la parte incominciata, se trova che arrechi un vero pregiudizio all' attore.

4° Può anche permettere, benchè in *casi rarissimi*, che i lavori siano continuati *sino ad un certo punto*, se *gli sembri* che l' attore non soffrirebbe un pregiudizio reale in pendenza del giudizio petitorio.

5° Se poi i lavori sono terminati, è massima ricevuta che la nunciazione di nuova opera non è più ammessibile. Ma se l' anno non fosse scorso, sarebbe un' ingiustizia troppo forte, se in pendenza, spesso lunghissima, del giudizio petitorio, l' attore dovesse soffrire la privazione o l' esercizio di una servitù. La considerazione però che i lavori siano stati fatti senza diritto o contro il diritto altrui, non sarà un motivo per farli *sospendere* * o distruggere. Il giudice dovrà ordinare soltanto ciò che crederà conveniente, onde non risulti nulla di contrario al possesso che avrà riconosciuto. Per es., se il vicino avesse costruito un acquidotto per far passare le acque nel fondo altrui, il giudice non ordinerà la distruzione dell' acquidotto, ma gli proibirà di servirsene, e lo condannerà alle spese e ai danni-interessi, ed anche a quelli che cagionasse contravvenendo al divieto. In somma prescriverà de' cangiamenti, i quali in pendenza del petitorio conservino l' attore nel possesso della sua libertà.

6° E potrà talvolta fare anche di più, se così esiga l' impero delle circostanze, come p. e. se una porta inserviente al passaggio fosse stata chiusa a fabbrica, farà riaprirla, siccome avrebbe fatto aprire una porta di legno » — PARDESSUS, *Traité des servit.* n° 327; *edit.* Bruxelles 1841.

---

* Questo vocabolo sarà corso per errore di stampa, essendo non compatibile coi lavori terminati.

165. Su di queste opinioni si può notare in particolare: La prima opinione è contraria al diritto romano, e ne conviene lo stesso autore — La prima e la seconda sono contrarie anche alla nuova legge in ciò, che questa non fa distinzione sulla pertinenza de' fondi dove si faccia la novità — La terza mi pare non conforme nè al diritto antico nè al nuovo : L'autore della costruzione non deve giustificare il suo diritto, perchè si presume libero il suo fondo : spetta all' autore dell'impedimento di giustificare che egli sia nel possesso di servitù sopra il fondo altrui, alla quale la nuova opera arrecherebbe pregiudizio — Le altre hanno del vago e dell' indeterminato, che può dar luogo ad arbitrio.

In generale poi voi non vi vedete che il solo nome della nunciazione di nuova opera, e nè anche il nome quando la nuova opera sia un attentato alla proprietà. Procedimento, e giudizio, tutto come in un' azione possessoria ordinaria. Alcune opinioni anteriori alla legge, sono presso a poco riprodotte dopo la legge. E riprodotte ancora delle *mezze misure*, ad oggetto di proccurare la difficile conciliazione de' diritti del possesso con la conservazione de' lavori.

Poichè la nunciazione di nuova opera aveva le sue norme particolari, ed è stata ristabilita senza darle nuove norme, mi sembra legale la presunzione che le antiche norme siano parimenti ripristinate, per quanto sono compatibili con la novella legislazione. Nella terza parte farò qualchè astratta osservazione su la legge francese : ma ove si tratti della sua esecuzione, credo che non dovrebbe ammettersi la opinione, la quale spogliando la nunciazione di nuova opera delle sue regole speciali, tornasse ad inviluppparla nell' evento dell' azione possessoria.

PARTE II.

Della nunciazione di nuova opera, qual è.

SEZIONE I.

Disposizioni legislative.

§ I. *Legge organica de' 29 maggio 1817.*

166. Questa legge in luogo de' giudici di pace creò i giudici di circondario. La loro competenza fu estesa nelle materie e nel valore: nelle materie fu estesa alle azioni reali; nel valore, a ducati trecento. Nell' art. 22 fu soggiunto così:

» 22 Essi conosceranno egualmente e giudicheranno inappellabilmente sino al valore di ducati venti, ed appellabilmente qualunque sia il valore delle cose controverse, sulle azioni:

» 1. Di danni fatti o dagli uomini, o dagli animali, a' campi, a' frutti, ed alle ricolte;

2. Di rimozioni ed alterazioni di termini, di usurpazioni di terreno, di alberi, di siepi, e di fosse, eseguite infra l' anno antecedente alla istanza:

3. Di servitù, quando non ne sia interrotto il possesso, oltre di un anno:

4. *Di nunziazioni di nuove opere*, d' innovazioni, e di attentati egualmente commessi entro l' anno sul corso delle acque inservienti all' agricoltura, e su di ogni altra azione possessoriale.

5. Di riparazioni urgenti ec.

167. Negli articoli 222 e 223 della stessa legge fu detto che fino alla pubblicazione de' nuovi codici, sarebbero osservate le leggi che erano provvisoriamente in vigore. E che la nuova organizzazione giudiziaria avrebbe luogo nel giorno 20 giugno di quell' anno 1817.

Dunque a contare dal 20 giugno 1817 sino alla pubblicazione delle leggi di procedura civile, il giudizio sulla nunciazione di nuova opera fu dato in prima istanza a' giudici di circondario, *senza alcuna limitazione*.

§ 2. *Leggi di procedura civile del 1819.*

168. Dal 1 settembre 1819 cominciò la osservanza del nuovo Codice, diviso in cinque parti. La terza contiene le *Leggi della procedura ne' giudizj civili.* In essa dopo essersi stabilito nell' art. 102 che per le azioni reali sopra immobili, la citazione deve farsi davanti al giudice dov' è la cosa litigiosa, e che per le azioni semplicemente personali o mobiliari dovrà farsi davanti al giudice del domicilio del reo, siegue l' articolo

» 103. La citazione sarà sempre fatta davanti il giudice del luogo dove è situata la cosa litigiosa, ove si tratti

» 1. di danni fatti o dagli uomini o dagli animali a' frutti ed alle ricolte;

» 2. di rimozione o alterazione di termini, di usurpazione di terreno, di alberi, di siepi, di fossi ed altri recinti, eseguita entro l' anno antecedente alla istanza;

» 3. di servitù nel possessorio, quando il possesso non sia stato interrotto oltre di un anno;

» 4. *di nunciazione di nuova opera, a solo oggetto d' impedire ogni innovazione che alterasse lo stato attuale della cosa*; e di attentati commessi fra l' anno sul corso delle acque; e di ogni altra azione possessoriale;

» 5. di riparazioni urgenti ec.

§ 3. *Servitù in favore di edifizj di regio uso — di monasteri di monache o conservatorj — Competenza in tali cause.*

169. *Decreto del 18 novembre 1823*— art. unico: » È proibito di fabbricare o fare innovazioni ne' fondi, luoghi privati in tutta quella distanza donde possa esservi introspetto ne' palazzi, casine ed edifizj di regio uso I proprietarj degli enunciati fondi, i quali volessero fare tali innovazioni, dovranno ottenerne prima il nostro real permesso per via della real Segreteria e Ministero di Stato di Casa reale e degli ordini cavallereschi »

Con l'altro real Decreto de' 27 agosto 1829 fu spiegato che la espressione *di regio uso* comprende gli edifizj ove abitano o possono abitare Persone reali.

170. *Legge del 21 giugno 1826* — » La prammatica seconda *de Monialibus* in questi reali dominj, ed il sovrano dispaccio de' 23 dicembre 1786 ne' reali dominj oltre il Faro, avevano provveduto al pubblico decoro ed alla osservanza delle leggi claustrali in ciò che alla servitù d' introspetto ha riguardo. Convenendo però coordinare gli stabilimenti compresi nella prammatica e nel dispaccio anzidetto colla unità del sistema legislativo che era in vigore nell' una e nell' altra parte del regno, e determinare altresì gl' istituti, a' quali in grazia della pubblica utilità, e d' uopo estendere il principio relativo all' introspetto »

» Veduto l' avviso della Consulta generale, ecc.

Abbiamo risoluto di sanzionare e sanzioniamo la seguente legge:

Art. 1. È vietato à tutti i proprietarj di difizj vicini a quelli di monasteri e de' conservatorj di tutela o di educazione di donne (anche quando i predj fossero separati da strade) di costruire logge, di aprire finestre, e qualunque campo di luce, per cui direttamente o obbliquamente vengano scoperti i siti interni de' monasteri e de' conservatorj stessi »

2 — Per questa specie di servitù non si darà luogo alle regole della distanza, ma all' unica condizione dell' introspetto.

3 — Qualora i proprietarj degli edifizj vicini a' monasteri di tutela o di educazione di donne volessero illuminare stanze o luoghi servienti, saranno loro permesse le aperture alle altezze e colle cautele prescritte dagli art. 597 e 598 delle leggi civili »

171. Con decreto del 15 gennajo 1831 il divieto dell' introspetto fu esteso ai locali pubblici o di ecclesiastica fondazione, destinati per uso di novizj o di studentato.

172. *Real Decreto de' 29 agosto 1830:*

Art. 1. Le cause d' interesse di regio patronato, delle regie fondazioni ecclesiastiche, e di ogni altro diritto di regalia, appartengono esclusivamente a' tribunali civili, qualunque sia la somma che si domandi, o la natura dell' azione »

2 — Appartengono altresì a' tribunali civili le cause delle servitù che si volessero indurre sopra edifizj di regio uso, di

regio patronato, di regia fondazione, e sopra case religiose * anche in possessorio.

3 — Non pertanto sono della competenza de' giudici di circondario le azioni degl' intestatarj de' beneficj di regio patronato per la esazione degli estagli de' fondi nascenti da titoli di affitto, ed in cui non cada quistione sul titolo stesso.

4 — Le denunzie di nunciazione di nuova opera intorno a tali beni debbono farsi innanzi a' giudici di circondario; ma appartengono a' tribunali civili i giudizj sul diritto della nunciazione, e sulle azioni possessorie che ne dipendono.

5 — Ne' casi di nunciazione di nuova opera, o di attentati qualsivogliano, possono i giudici di circondario, a dimanda delle parti, verificare lo stato materiale de' fondi sopra cui si pretende essere avvenute le innovazioni; de' quali atti potranno valersi le parti nel giudizio innanzi a' tribunali civili.

6 — Le disposizioni del presente decreto non derogano alle disposizioni delle legge del dì 12 dicembre 1816, alle leggi del contenzioso amministrativo de' 22 di marzo e degli 11 di ottobre 1817, ed a' privilegj per la esazione concessi a'corpi morali.

7 — Dichiariamo di non esistere servitù di ogni specie sopra edifizj di regio uso senza una espressa nostra concessione »

§ 4. *Nuove opere a danno di piazze di guerra, forti e castella.*

173 » Per le piazze di guerra, forti e castella ogni novità è di competenza del sindaco come giudice del contenzioso amministrativo.

I comandanti formano verbale della trasgressione, e lo rimetteranno al sindaco.

Essi impediranno la nuova costruzione con ordinanza amministrativa.

Le trasgressioni sono punite colla multa non minore di ducati sei, non maggiore di ducati sessanta » — *Decreto* de'30 *settembre* 1843.

---

* *Di monache, o di educande*, giacchè il decreto cita nel suo preambolo la legge del 18 dicembre 1826.

SEZIONE II.

Giurisprudenza patria.

174. Dal 1819 in avanti la giurisprudenza del foro su la nunciazione di nuova opera è stata varia, nè costante. E gli scrittori, abbenchè pochissimi, nè anche sono di accordo. Io riferirò : 1. le opinioni principali degli scrittori; 2. un avviso consultivo ; 3. gli arresti della Corte suprema, ne' quali si vedranno le sentenze inferiori.

§ 1. *Opinioni del sig. Roberti, avvocato gen. della Corte suprema.*

175. Nel *Trattato delle azioni ed eccezioni*, stampato nel 1832, il sig. Roberti, dopo avere stabilito e ritenuto che la nunciazione di nuova opera ha luogo, quando il vicino faccia qualche novità *nel suo* fondo, la quale rechi pregiudizio al vicino ; e che la legge di rito, con una *delegazione specifica e tassativa*, ha limitato le attribuzioni de' giudici circondariali soltanto *ad impedire ogni innovazione che alterasse lo stato attuale della cosa*, dichiara che tali attibuzioni versano ne i seguenti oggetti :

» 1. Nel proibire in vista della domanda, che la nuova opera denunciata progredisca, e nell' impedire che si alteri lo stato attuale della cosa :

» 2. Nel far restituire allo stato primiero ciò, che si è cominciato a costruire, o a demolire contra l' antica disposizione del luogo. La ragione, che adduce è, che non si otterebbe il fine della legge se il regio giudice non potesse rilasciare questi ordini, che tutti tendono a non far *alterare lo stato attuale della cosa.*

» 3. Nel far distruggere eziandio quello che siasi forse proseguito a fare, contra la forma della inibizione da lui già data, e nell' ordinare che vengano in tal caso rifatti i danni, e gl' interessi cagionati per tali operazioni :

» 4. Nel rilasciare tutte quelle provvidenze, che momentaneamente si richieggano per motivi di urgenza e di assoluta necessità.

» 5. Nel pronunziare precetti penali, ed anche imporre multe a danno de' contravventori.

Secondo lui » il merito principale delle cause di nunciazione di nuova opera è sempre fuori delle attribuzioni de'regj giudici di circondario, di qualunque valore sia la causa. Ed i tribunali debbano in ciò seguire i principj fissati nelle leggi romane, e che trovano il loro appoggio nella ragione scritta in quella giurisprudenza universale ».

» Dopo compiuta del tutto un' opera, quantunque essa sia denunciata infra l' anno, pure i Regj giudici non possono rilasciare ordinanze di inibizione, nè sono abilitati a procedere in linea di nunciazione di nuova opera. Essi allora riconosceranno la loro competenza secondo le regole stabilite pei giudizj possessorj » — Tomo 1, pag. 303 a 321.*

§ 2. *Rapporto del sig.* MOCCIA *su la nunciazione di nuova opera.*

176. La varietà di giudicare in questa materia richiamò l'attenzione del Ministro di giustizia. Ecco ciò che gli rispose nel 12 marzo 1836 il sig. *Moccia*, allora Proccuratore del Re presso il tribunale civile di Reggio, ora giudice della G. C. civ. di Napoli. Io lo trascrivo ben volentieri, perciocchè enuncia le diverse opinioni de' giudici di circondario, le principali teorie del diritto romano, e le sue proprie opinioni che appoggia ora sul diritto romano, ora sul diritto patrio:

177. » Nella spedizione de'giudizj di nuova opera non evvi in questa provincia un metodo uniforme. Taluni tra i giudici di circondario si avvisano di ordinare con precetti penali la sospensione de' lavori alla prima domanda della parte interessata, e nello stesso tempo di rilasciare il permesso di citare a breve termine la controparte per essere intesa nelle sue difese. Siegue ordinariamente una interlocuzione prescrivente perizia ed accesso sopra luogo per verificare la dedotta innovazione, e trovandosi questa sussistente, si conferma diffinitivamente la inibizione del prosieguo dell' opera, col rinvio delle parti al tribunale per provvedersi sul merito della nuncia-

* Le teorie principali del sig. OLIVA saranno riportate in luogo più opportuno.

zione. Altri non appena vengono aditi, ordinano di citarsi a breve termine l'autore della innovazione, e quindi intese le parti, mentre dispongono i necessarj mezzi di istruzione, inibiscono provvisoriamente il prosieguo de' lavori. Istruito il processo, rivocano o confermano la inibizione. Non manca in fine chi attenendosi alla sola esistenza materiale della innovazione rilevata colla perizia, senza guardare se essa possa essere realmente di pregiudizio al nunziante, pronunzia la inibizione.

» Non avendosi poi da tutti una idea adequata della natura di quest' azione, e della giurisdizione che per essa sono in grado di spiegare, si osserva sovente una diversa maniera di giudicare. Vi è chi ammette la nunciazione, tanto se la nuova opera si faccia nel fondo del turbante, quanto in quello del turbato, e guardandola sotto l' aspetto di azione possessoriale, crede che possa aver luogo anche dopo compita l' opera, purchè sia intentata tra l' anno. Altri credendosi autorizzati a conoscere pienamente, ordinano la riduzione dell' innovato al pristino, semprecchè l' opera si trova pregiudizievole al vicino. Qualcuno all' opposto si guarda di ciò ordinare, anche per quello che si è fatto dopo la inibizione in disprezzo dei suoi ordini.

» Onde far serbare l'unità de' principj, ed un procedimento uniforme in simili giudizj, io mi aveva proposto di far correre ai funzionarj suddetti una circolare con delle apposite osservazioni: quelle che in adempimento degli ordini comunicatimi colla rispettabilissima de' 20 del passato mese, mi fo ora il dovere di sottomettere agli alti lumi di V. E.

» Non si rivoca in dubbio che la nunciazione di nuova opera appartenga alla classe delle azioni possessorie, essendo una emanazione dell' interdetto *retinendae possessionis*, che vieta di arrecarsi molestia al pacifico possesso del vicino. La legge però ha per essa tracciato delle regole peculiari, le quali nella maggior parte derivano dal diritto Romano.

La prima di queste regole è che la nunciazione si sperimenta utilmente, allorchè l' opera è incominciata, e non già quando è perfetta — *Nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de novi operis nunciatione*, l. 1, § 1, D. *de novi operis nunciatione* — Perfezionata l'opera, il vicino turbato non può agire innanzi al giudice del

circondario per la emenda della turbativa, ma deve adire il tribunale in via petitoria. Comunque le leggi romane accordavano, dopo compita l' opera, l' interdetto *Quod vi aut clam* giusta la citata legge, e sebbene in virtù degl' art. 103 num. 4, e 127 proc. civ. sieno i giudici di circondario competenti a conoscere di tutte le azioni possessorie intentate fra l'anno, pure però agendosi per la demolizione dell' opera, fatta dal vicino nel proprio fondo, senza contradizione per parte di colui, cui arrecava pregiudizio, si viene a spiegare una specie di azione mista, che involve la causa della proprietà, e si correrebbe rischio di cumulare il possessorio col petitorio, ove si volesse agire in via possessoriale. *Quædam interdicta rei persecutionem continent, nam proprietatis causam continent.* L. 2, § 2, D. de Interdictis.

» La seconda c' insegna che per aver luogo la nunciazione, fa mestieri che l' opera si faccia nel fondo del turbante in pregiudizio del vicino, mentre se si esegue nel fondo del turbato, ha questi in punto l' azione di turbativa di possesso, ossia l'interdetto *Uti possidetis*—*At si in suo quid faciat quod nobis noceat, tum novi operis denunciatio erit necessaria : et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, æquissimum erit interdicto adversus eum* quod vi aut clam, *aut* uti possidetis, *uti.* L. 5 § 16 D. *de operis novi nunciatione* — Adendosi in questa linea il giudice del circondario, sembra di non potersi allo stesso negare la facoltà di conoscerne pienamente, e di ordinare la riduzione dell' innovato al pristino. Questa pienezza di giurisdizione gli vien conferita dagli art : 22 della L. organica, 103 e 127 delle LL. di procedura, che sommettono in prima instanza al suo esame le azioni possessorie. Chi ha una giurisdizione, deve avere anche i mezzi, onde poterla esercitare, e se questi mezzi sono ristretti nei giudizj di nunciazione, non sono così in quelli di turbativa di possesso nel proprio fondo.

» La terza regola sta nella limitata giurisdizione che il legislatore ha voluto accordare al giudice del circondario ne' giudizj di nunciazione, *a solo oggetto cioè di impedire ogni innovazione che alterasse lo stato attuale della cosa*, art. 103 num. 4.° proc. civ., essendo la cognizione del merito devoluta al tribunale civile, tal che può, a mio debole avviso, sostenersi che il giudizio di nunciazione, comunque possessoriale, abbia

due giudici, cioè il giudice di circondario che lo inizia, ed il tribunale che lo completa. Il primo par che sia dalla legge chiamato a dare de' provvedimenti provvisionali, onde non si alteri lo stato de' luoghi, ed il secondo a diffinire la controversia, esaminando i dritti delle parti. Ed in vero la facoltà del giudice locale, secondo il citato art: 103 n.° 4.° LL. di procedura, *sono limitate al solo divieto del opera incominciata*, finchè non sia conosciuto del merito della nunciazione dal giudice competente, e per ordinare ciò, non deve far altro che verificare, se vi sia quella novità che induca alterazione allo stato de' luoghi. Al tribunale poi è dato di conoscere del merito della contestazione, cioè se bene o male siasi nunziata la nuova opera, se questa si faccia *jure vel injuria*, e se merita perciò di essere tolta o confermata la inibizione ingiunta dal giudice del circondario. Se finalmente debba essere distrutto ciò che si è fatto precedentemente alla intima dell'ordinanza d'inibizione provvisoria.

» Favorisce questa idea il Real Decreto de' 29 agosto 1830 che sottopone alla cognizione del tribunale civile le cause delle servitù, che si volesse indurre sopra edifizj di regio uso, di regio patronato, di regia fondazione ecclesiastica, e sopra case religiose anche in possessorio. Nell' art: 4 di questo decreto è detto « che le denunzie di nunciazione di nuova » opera intorno a tali beni debbono farsi innanzi ai giudici » di circondario, ma appartengono ai tribunali i giudizj sul » dritto della nunciazione, e sulle azioni possessorie che ne » dipendono « Nel susseguente articolo 7 si soggiunge, che » le parti possono valersi innanzi ai tribunali civili degli atti compilati innanzi ai giudici di circondario in ordine alla verifica delle innovazioni «

» Ora ritenendo in dritto che nelle cause di nunciazione, il giudice circondariale sia chiamato ad iniziarle ed il tribunale a definirle, ne discende per corollario che dai provvedimenti emessi dal primo non vi sia bisogno *di appello*; essi possono venire riesaminati nel corso dello stesso giudizio, senza apposito gravame al tribunale, cui è dato sulle instanze delle parti di confermarli o rivocarli.

» È inoltre ne' principj regolatori della nunciazione, che essa possa intimarsi sul luogo anche agli operaj ed a chi dirige i lavori: L. 5, § 3, D. *eodem*, e che il giudice di circondario

alla prima domanda della parte interessata non possa ricusarsi di ordinare la provvisoria sospensione dell'opera, salvo a rivocare questo suo provedimento provvisionale, ove dietro la istruzione si verificasse non esservi novità che induca alterazione allo stato de' luoghi. È questa una misura reclamata dall' urgenza della cosa, ed autorizzata non meno della legge 1. in principio D. *de operis novi nunciatione*, che dall' art: 1113 LL. di procedura.

« Sogliono allo spesso nei giudizi di tal natura promuoversi due quistioni, l' una se sia dato al giudice del circondario il permettere il prosieguo de' lavori, quando la istruzione della causa dimostra, che la nuova opera non sia affatto pregiudizievole al vicino; l' altra se possa il medesimo ordinare la demolizione di ciò che si fosse costruito dopo l' intima dell' ordinanza sulla sospensione de' lavori.

» In quanto alla prima, potrebbe per la negativa osservarsi, che essendo le facoltà del giudice locale limitate al solo oggetto di impedire ogni innovazione, che alterasse lo stato dei luoghi, egli verrebbe ad invadere la giurisdizione del tribunale, ed a conoscere del merito della nunciazione, se autorizzasse il prosieguo de' lavori.

» In sostegno della contraria opinione potrebbe d'altronde dirsi, che il giudice di circondario ne' giudizj di tal natura non sia meramente passivo, cosicchè gli fosse vietato all'intutto di delibare il merito della nunciazione. Non tutte le opere possono essere pregiudizievoli al vicino, e se la legge impone al giudice il dovere di far rispettare l' attuale stato de' luoghi, e di rimettere alla cognizione del tribunale il merito della nunciazione, lo è quando la innovazione alteri in realtà lo stato de' luoghi col pregiudizio del vicino. Ma se la nuova opera non è in alcun modo pregiudizievole, sia per la distanza, sia per la natura della costruzione, par che non dovesse così di leggieri incepparsi l' esercizio de' dritti del cittadino. Non potendo egli fare alcun esame della cosa, avrebbe la legge oziosamente richiesto il suo ministero. Sarebbe stato in tale ipotesi sufficiente che invece di rimettere le parti al giudice del circondario, avesse accordata la forza dell' interdetto proibitorio alla semplice intima dell' atto di nunciazione. Un argomento in favore dell' assunto ci somministra il Cap: *Ad decimas*, *De restitutione spoliatorum*, ove è ritenuta la massima, che non vi è luogo a reintegra, quando è notorio di

non competere alcun dritto a colui che asserisce di essere stato spogliato. Sembra che il divisamento da prendersi in simili casi, fosse quello di dovere il giudice inibire in ogni conto il prosieguo de' lavori, quando la nuova opera si riconosca effettivamente pregiudizievole, o vi concorra almeno il dubbio di poter esser tale: di abilitare all'incontro il nunciato alla continuazione dell' opera, allorchè niuna ombra di pregiudizio esiste, *previa però cauzione* di ridurre le cose allo stato primiero, ove così in seguito venisse ordinato dal tribunale. Questo temperamento è della natura de' provvedimenti provvisionali, che la legge lascia al prudente arbitrio de' giudici, e rinviene il suo appoggio nella L. 20, § 9, e seguenti D. *de novi operis nunciatione*.

» La seconda quistione merita a mio avviso una risoluzione affermativa. Gli ordini del magistrato debbono essere rispettati; e chi agisce in opposizione di essi, nulla opera efficacemente: *Non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit.*, L. 199 D. *de reg. juris*. A niuno inoltre è dato di farsi giustizia colle proprie mani, senza essere l' incentivo di risse e tumulti; L. 176 D. *de reg. juris*. È massima in fine di dritto che *spoliatus ante omnia restituendus est. L. si quis ad se fundum, C. ad l. Jul. de vi.*

» Alla base di questi principj il diritto romano disponeva, che il nunciato dovesse all' instante interrompere i lavori, e se osava di continuarli, non era ascoltato in giudizio sino a che non rimetteva la cosa allo stato primiero: *Sed si is cui opus novum nunciatum est, ante remissionem ædificaverit, deinde ceperit agere jus sibi ita ædeficatum habere, praetor actionem ei denegare debet, et interdictum in eum de opere restituendo reddere;* L. 1, § 7, D. *eodem*. Il giudice inoltre senza esaminare se colui che aveva continuata l' opera, aveva o pur no diritto di farlo, era nell' obbligo di ordinare, che le cose si restituissero allo stato in cui erano prima della nunciazione: *Sive jure factum est, sive non jure factum, interdictum locum habebit*. L. 20, § 3, D. *eod*. Nè può dirsi che questo incidente si riatacca al merito principale della nunciazione, che si appartiene esclusivamente al tribunale, mentre la demolizione di ciò che si è fatto in pendenza del divieto, è l'effetto del disprezzo degli ordini del magistrato, ed essa deve irremisibilmente aver luogo, ancorchè la nun-

ciazione fosse manifestamente ingiusta ; L. 20 , § 1 , 3 , 4, D. *eod.* Il di lui esame quindi spetta al giudice del circondario , cui non può togliersi , senza conculcare il principio contenuto nell' art. 31 della legge organica che chiama i giudici di circondario a conoscere della esecuzione delle proprie sentenze.

» Riunendo le sparse idee, e ponendo mente alla natura e forme della nunciazione di nuova opera , crederei che nei giudizj che la riguardano, dovesse attendersi quanto appresso:

I. Per darsi luogo alla nunciazione di nuova opera , fa mestieri che vi sia il concorso di tre circostanze: 1.° Che l'opera sia incominciata e non completa; 2.° Che si faccia nel fondo del turbante in pregiudizio de' dritti del vicino; 3.° che l' azione sia intentata tra l' anno dal dì in cui l' opera stessa ha cominciato ad essere pregiudizievole. Compiuta l' opera , o scorso l' anno dalla turbativa , non vi è altro rimedio che quello di adire il tribunale in via petitoria.

II. Che il giudizio di nunciazione comunque possessoriale , abbia due giudici , il giudice cioè del circondario che lo inizia , ed il tribunale che lo completa , essendo al primo dato di emettere solamente de' provvedimenti provvisionali , onde impedire ogni innovazione che alterasse lo stato de' luoghi , ed al secondo di diffinire il merito della nunciazione. Che i provvedimenti del giudice locale possono venire riesaminati e coretti dal tribunale nel corso del giudizio sulla instanza delle parti , senza il bisogno dell' appello.

III. Che alla prima domanda della parte interessata il giudice del circondario non possa ricusarsi di ordinare con dei precetti penali la provvisoria sospensione de' lavori ; sospensione che è in grado di rivocare o confermare dietro la istruzione della causa.

IV. Che non sia il caso della nunciazione , ove l' opera si faccia , non nel fondo del turbante , ma in quello del turbato. In tale ipotesi questi ha il dritto di risentirsi coll' azione possessoria di turbativa innanzi al giudice di circondario , il quale ne può conoscere in prima instanza con piena giurisdizione , e colla facoltà di ordinare la riduzione dell' innovato al pristino.

V. Che appartenga al tribunale il dritto di ordinare la

distruzione di ciò che si fosse fatto prima della denunzia, potendo il giudice locale ordinare solamente la demolizione delle costruzioni fatte dopo l' ordinanza inibitoria del prosieguo de' lavori.

VI. Che nel giudizio di nunciazione, il giudice di circondario può vietare il prosieguo de'lavori, fino a che il tribunale non conosca del merito dell'azione proposta, quando sia certo che l' opera arrechi pregiudizio al vicino, od almeno vi sia del dubbio. Che all' opposto debba abilitare il nunciato al prosieguo, allorchè la istruzione dimostri che la nunciazione sia del tutto capricciosa per la inesistenza di qualsiasi pregiudizio; *previa però cauzione* di restituire le cose al pristino stato, ove il tribunale riconoscesse in seguito ben fondata la nunciazione.

VII. Che infine il giudice competente della nunciazione sia quello del luogo, ove la cosa è sita, e che la denunzia possa farsi anche agli operai, ed a chi diriga i lavori. »

§ 3. *Avviso consultivo.*

178. Dopo il rapporto del sig. MOCCIA, conviene che io riferisca, come ho promesso, l' avviso consultivo. L' *avviso consultivo* del 29 novembre 1831, dopo aver brevemente toccato le leggi romane su la nunciazione di nuova opera, le consuetudini napoletane, e la prammatica del 1738, prosiegue in questi termini:

179. » Era questo lo stato delle cose, quando abolite le Prammatiche del regno, e le nostre consuetudini, ebbe luogo ne' reali dominj di quà dal Faro in gennajo del 1809 il Codice francese, e furono creati i giudici circondariali, che vennero allora denominati giudici di pace.

Il Codice di procedura francese non parla particolarmente del giudizio di nunciazione di nuova opera, ma *va inteso nella massa de' giudizj possessoriali.*

Si ha degli scrittori francesi su la materia che la parte proibitiva, come parte delle azioni possessorie in Francia, è la sola de' giudici di pace, e la diffinitiva de' tribunali distrettuali, che corrispondono ai nostri tribunali civili. E questa procedura *presso a poco* ebbe luogo tra noi dal primo gen-

najo 1809 sino al primo settembre 1819, quando cominciarono ad osservarsi le nostre Leggi di proc. civile.

La legge organica giudiziaria de' 29 maggio 1817 fissò due principj in quanto alle attribuzioni de' giudici di circondario:

1° Che essi dovean conoscere e giudicare di tutte le cause di azioni reali e personali inappellabilmente sino al valore di duc, 20, ed appellahilmente sino al valore di duc. 300, senza alcuna eccezione.

2° Che dovevano conoscere ugualmente e giudicare inappellabilmente sino al valore di duc. 20, ed appellabilmente qualunque fusse il valore della cosa controverse, su tutte quelle azioni che nell' art. 22 sono indicate, tra le quali sono comprese nel n. 4° le azioni di nunciazione di nuova opera. E queste azioni, delle quali si parla in detto art. sono a buon conto le *possessorie* infra l' anno, e quelle che meritano un sommario e spedito procedimento.

Le nuove leggi di procedura ne' giudizj civili del 1819 conservarono coll' art. 90 ai giudici di circondario la competenza *nelle materie loro attribuite dalle leggi organiche dell' ordine giudiziario pei Reali dominj di quà e di là dal Faro.*

Nell' art. poi 103, dove sono enunciati i casi ne' quali la citazione debba esser fatta sempre d' avanti il giudice del luogo, dove situata la cosa litigiosa, è notata nel n. 4° » la nunciazione di nuova opera *a solo oggetto d' impedire ogni innovazione che alterasse lo stato attuale delle cose* »

Or da questa limitazione si è inferito che la competenza del giudice di circondario nella nunciazione della nuova opera fosse ristretta ad impedire unicamente ogni novità, senza poter conoscere in prima istanza del merito dell' impedimento, anche quando fusse possibile di diffinire il valore della causa »

E la stessa limitazione ha fatto dubitare, se il giudice dopo la inibizione potesse dare delle altre provvidenze, ancorchè fossero urgenti; ed ha fatto finanche credere a taluni che se dopo la inibizione l' opera fusse progredita, il giudice del circondario non potesse far rimettere le cose nello stato in cui erano al momento della inibizione.

D' altronde tal volta si è creduto che questa azione possa competere, anche quando non si tratta di nuove opere di fabbriche o di altre edificazioni infisse al suolo, o di voler far

demolire una parte di quelle già esistenti, ovunque fossero site.

Ecco la incertezza della procedura su questi giudizj, e de casi ne' quali debbano essi aver luogo, ed ecco la occasione de' dubbj proposti dalle autorità giudiziarie.

Or premesse queste idee, si ha proposto le seguenti quistioni:

1 — In quali casi compete la nunciazione di nuova opera?

2 — Per farsi la inibizione vi bisogna una ordinanza del giudice di circondario?

3 — Conviene ripristinare in questi giudizj la cauzione ed il deposito?

4 — Quali debbono essere le attribuzioni del giudice di circondario sulla nunciazione della nuova opera?

Sulla prima quistione

» Ha osservato che secondo i principj del diritto romano, di sopra indicati, la interdizione della nuova opera è limitata propriamente alle fabbriche *o ad altre edificazioni infisse al suolo*, che voglian farsi, o demolirsi a danno de' vicini, sia nell' abitato, sia fuori di esso

Che tutti gli scrittori su la materia han detto che possa farsi uso di questa azione o per conservare il proprio diritto o per evitare il danno o il pregiudizio che dalla nuova fabbrica avvenga.

Che la prammatica del 1738, la quale diede pure la formola del decreto d' inibizione, cioè, *fabricatores desistant*, fa vedere chiaramente che la inibizione a proseguire l' opera riguarda *precisamente le fabbriche.*

Che la novità possono farsi, o elevandosi una fabbrica di pianta sul suolo privato, o pubblico, *o facendo altre edificazioni al medesimo infisse*; o con aggiungere, o togliere qualche cosa su le fabbriche già esistenti.

Sulla seconda quistione.

» Ha considerato che la inibizione nell' esercizio di un diritto cho crede taluno potergli competere, aggiungendo, o togliendo qualche cosa sulle proprie fabbriche, o edificando sul suolo privato o pubblico, dev' esser fatta dalla pubblica autorità. Il permettersi che s' inibisca senza decreto del giudice; che si ricorra al mezzo dell' usciere; che si faccia a buon conto di privata autorità, sarebbe lo stesso che dar luogo ad abusi:

sarebbe lo stesso che ristabilire quell' arbitrario procedimento che da secoli non ha avuto luogo tra noi, e che sotto tutti i rapporti è irregolare e pericoloso.

Sulla terza quistione.

» L' obbligazione di un deposito sarebbe mal collegata colla vigente procedura : non è compatibile in una azione che richiede la maggiore celerità. Ne verrebbero esclusi coloro che non sono al caso di adempire al deposito, e che dovrebbero ricorrere al mezzo del certificato di povertà, vistato ed approvato dall'Intendente, come nel ricorso per annullamento: cose che pel loro ritardo darebbero tempo alla continuazione dell' opera »

» Se poi si permettesse che per mezzo di una cauzione il novatore proseguissse l' opera , oltre de' litigj incidenti sulla validità della cauzione , si accoglierebbe ben volontari questo mezzo per un certo dispetto di portare innanzi l' opera non ostante la opposizione del vicino. E l' abilitazione sarebbe pagata a caro prezzo, se in esito del giudizio l'opera dovesse demolirsi. Quindi moltiplicati i germi delle liti , e delle discordie.

Sulla quarta quistione.

» Ha considerato che il procedimento di questo giudizio (nel quale è ben difficile di poterne diffinire il valore , ed esser quindi della piena competenza del giudice circondariale) , esige di doversi subito impedire il prosieguo dell' opera, onde non si alterasse lo stato attuale delle cose.

» Che quindi il giudice del circondario ov' è la cosa litigiosa, dopo di avere inibita l' opera , farà verificare , e descrivere, intese le parti , lo stato attuale del luogo controverso , *riserbando la conoscenza del merito al trib. civ. della provincia* , cui sarà inviato lo stato suddetto, e che giudicherà del diritto delle parti , salvo il caso in cui il valore della causa sia al di sotto de' duc. 300.

» Che se dallo stato descrittivo della cosa controversa risulta che trattasi di rifazione o sostegno delle fabbriche già esistenti , e non di novità che voglian farsi , il giudice del circondario potrà dichiarare di non esservi luogo a nunciazione di nuova opera.

» Che qualora le novità intraprese minacciano un danno alla fabbriche su cui è caduta la inibizione, o abbiamo immutato

lo stato delle cose in modo, che siano necessarie delle provvidenze urgenti, è autorizzato il giudice istesso a darle, e di far demolire anche quello che si trova innovato prima della inibizione, o una parte di esso, se l' urgenza lo richiegga.

» In fine ha considerato che ogni novità, fatta dopo l'impedimento, debba esser tolta, senzacchè il novatore sia ammesso a giustificare il buon dritto che pretenda di aver avuto a proseguir l' opera. Che importa al rispetto dovuto all' autorità che ha fatta la inibizione, che i suoi ordini non siano impunemente violati, e che con effetto venga demolito tutto ciò che in disprezzo della sua ordinanza siavi innovato.

» E per questi motivi è di avviso:

1°

» Che competa la nunciazione della nuova opera quando voglian farsi delle nuove opere di fabbrica o altre edificazioni infisse al suolo, o si voglia aggiungere, o togliere qualche cosa su quelle già esistenti, o che siano nell' abitato, o che siano fuori di esso.

2°

» Che nella nunciazione della nuova opera sia necessario che l' impedimento venga ordinato dal giudice del circondario.

3°

» Che non vi sia luogo a deposito o a cauzione.

4°

» Chi si duole del cominciamento dell' opera, adirà il giudice del circondario, ov' è la cosa litigiosa, il quale gli accorderà il permesso di una citazione a breve termine, e frattanto ordinerà che *si desista del lavoro a pena della demolizione, e de' danni ed interessi*. La citazione ed ordinanza può esser lasciata ai fabbricatori ed altri operaj.

5°

» Alla udienza destinata, intese le parti, o in contumacia del convenuto, ordinerà la verifica e descrizione dello stato del luogo controverso per mezzo di periti, e col suo accesso, se lo creda.

6°

» Che trattandosi di rifazione, o sostegno delle fabbriche già esistenti, ha la facoltà di dichiarare, che non vi sia luogo a nunciazione di nuova opera.

7°

» Darà le disposizioni richieste dalla urgenza, e potrà anche ordinare di demolirsi in tutto o in parte quello che si è fatto di nuovo prima della inibizione, quante volte l'urgenza lo esiga.

8°

» Farà ridurre allo stato primiero tutte le novità che si fussero fatte dopo la inibizione.

9°

» La ordinanza, e le sentenze del giudice di circondario saranno eseguite non ostante opposizione o appello.

§ 4. *Arresti della Corte suprema di giustizia di quà dal Faro.*

180. Passo ora ad esporre una serie di arresti della Corte suprema di giustizia di quà dal Faro ».

1°

Le domande d' inibirsi le prime e le seconde innovazioni, e di ridursi al pristino le opere fatte, è un' azione possessoriale per nunciazione di nuova opera, di competenza del giudice del circondario, e da decidersi prima del petitorio — La domanda di decidersi simultaneamente la causa tanto in possessorio che in petitorio, è nulla, e più se è fatta in grado di appello e dal patrocinatore — È censurabile la sentenza del tribunale, la quale ritenendo come petitoria l'azione, abbia annullato la sentenza e l' intero giudizio possessoriale » *Annullamento*—1820, 20 febbrajo—*Avena* e *Correale*.

2°

Per servitù discontinue, acquistate sotto le leggi antiche mercè il solo possesso, può esercitarsi l' azione possessoria delle nuove leggi, contro le innovazioni fatte nel fondo serviente: *Annullamento* 1822, 20 febbrajo: *Spagnoletti* e *Porro* *.

3°

Quando si chiede la inibizione di un' opera intrapresa, o che la domanda sia giusta o ingiusta, il giudice deve *im-*

* Vedi in senso opposto la terza massima dell' arresto n° 5, la quale mi sembra da preferirsi.

mantinenti fare il chiesto divietó; e quindi, raccolte le pruove, può abolire o confermare la inibizione — Non può esser mai oggetto del divisato editto un opera già perfezionata — *Annullamento*—1823, 4 dicembre: *Basile e Troiano.*

4°

Costituita una servitù apparente per mezzo di una nuova opera, la quale si porti al suo compimento senza opposizione alcuna, non vi è diritto (in giudizio possessorio) a far ridurre l' innovato nello stato primiero — *Rigetto* — 1824, 20 luglio: *Battimello* e *Giannone.*

5°

La nunciazione di nuova opera si verifica precisamente contro di colui che innova *nel fondo proprio* — Il giudice è competente ad inibire: incompetente ad ordinare la riduzione dell' innovato — Per servitù discontinue, ancorchè stabilite col possesso prima delle nuove leggi, non vi è luogo ad azione possessoria: *Rigetto* — 1825, 28 agosto: *Lepiane* e *Bianchi.*

6°

Se l' azione istituita è di nunciazione di nuova opera, e trattasi di opere fatte per le quali giusta le antiche leggi aveva luogo l' editto, e di opere in costruzione, per le quali poteva aver luogo l' interdetto (l. 1, § 1, D. de n. o. n.) la competenza del giudice è ristretta alla sola inibizione — Non può procedere oltre, se non nel solo caso di un' azione possessoria — Non può ordinare una perizia, per verificare se le nuove fabbriche inducano servitù — E meno dichiarare che inducano servitù — E molto meno ordinare ripristinazione delle opere, o altre cose che riguardano il petitorio— *Annullamento* — 1825, 29 settembre: *Monastero di S. Maria del Gesù* e *Pessolano.*

7°

Compiuta che sia l' opera, non si può in linea possessoriale e di turbativa domandare la ripristinazione delle cose, quando l' esame comprenda diritti di proprietà, o di servitù. In ciò le nuove leggi non sono discordi dalle leggi antiche, traendosi dalla combinazione degli art. 22 n. 4° della legge organ. e 104 n. 4° proc. civ. che la giurisdizione attribuita nel primo ai giudici di circondario pei giudizj di nunciazione di nuova opera, *si è nel secondo letteralmente limitata al solo og-*

getto d' impedire ogni innovazione che alterasse lo stato attuale delle cose — *Annullamento* — 1825, 1 ottobre; *Chiesa del Purgatorio di Cava* e *Ioele.*

8°

Se dopo la inibizione, si prosiegua a edificare, il giudice può ordinare la demolizione, senza vedere se *jure vel injuria* siasi proseguita l' opera — Trattandosi del merito di una servitù, la competenza è del tribunale civile — *Annullamento* — 1825, 12 novembre: *D. Aragona* e *Balsamo.*

9°

Trattandosi di semplice nunciazione di nuova opera, non si poteva ordinare di ridursi al pristino stato le fabbriche fatte entro l' anno sul muro divisorio comune — Malgrado le perizie, il tribunale non poteva comunicare al primo giudice una giurisdizione che non aveva, di giudicare in primo ed in ultimo esame la contestazione; nè poteva in grado di appello pronunziare sopra domande novelle — *Annullamento* — 1826, 16 novembre: *Coppola* e *Scafato.*

10°

L' azione ebbe doppio oggetto: impedire il prosieguo degl' intrapresi lavori sul corso delle acque, ed esser mantenuto nel possesso. In sostanza fu un azione di *turbativa di possesso* *, a cui per incidente andò congiunta quella della inibizione de' lavori — Non è nuovo in legge che dalla nunciazione di nuova opera si passi a qualche interdetto possessorio, l. 1. § 1, D. de *n. o n.* **—In simil rincontro la quistione è, se fosse il caso dell' interdetto sia conservatorio, sia restitutorio: cade a buon conto sul diritto rispettivo de' contendenti; ed *è perciò che le attribuzioni del giudice del circondario si ristringono alla inibizione* — *Rigetto* — 1829, 5 febbrajo: *Orfanatrofio militare* e *Ottajano.*

11°

Dall' essersi nell' art. 103 n. 4° proc. civ. attribuita esclusivamente à giudici di circondario la inibizione, allorchè si voglia nunciare una nuova opera, non si trae che il giudi-

* Forse avrebbe detto meglio, *attentato al corso delle acque.*

** Il § che qui si cita, riguarda il caso che l'opera sia già compiuta. Vedete nell' art. 11, quali erano gl' interdetti à quali si poteva passare; e le mie osservazioni nell' art. 79.

zio da farsi dopo della inibizione appartenga egualmente al giudice stesso, ove non si versi sulle azione possessoriale, o su di ciò che sia della esclusiva di lui competenza — Quindi avendo il giudice del circondario proposto ai periti revisori ciò che apparteneva certamente al petitorio, il tribunale adito in grado di appello, doveva dalla qualità dell' azione istituita trarre, se il primo giudice aveva competentemente proceduto come in giudizio meramente possessorio, ovvero si versava sul petitorio, per indi giudicare o in appello, o in prima istanza. Di più ha cumulato l' uno e l' altro giudizio in contradizione dell' art. 129 proc. civ. — *Annullamento* — 1829, 31 marzo — *Vandi* e *Conservatorio del SS. Rosario.*

12°

Soggiungo quì la *sentenza*, resa *in grado di rinvio* dalla 2ª Cam. del tribunale civile di Napoli nel 18 novembre 1829, per la stessa causa.

« Atteso che è massima legale, che dà giudici di circondario nelle materie dì nunciazione di nuova opera non possono emettersi che *soli ordinativi di soprassedersi dai cominciati lavori, onde evitare la loro demolizione*, e rimettere la conoscenza del merito a' tribunali civili per essere decisa la controversia *in linea petitoriale* »

» Atteso che nella specie non trattandosi che dell' impedimento di elevazione di fabbriche, che si dicevano potere indurre servitù d' introspetto, previsto dalla prammatica *De monialibus*, è chiaro che non di turbativa di possesso n' era l' azione, ma dl diritto esercibile in petitorio.

» Atteso che per l' addotta definizione dell' azione in disamina debbono *crollare* gli atti che si sono istruiti contro il divieto prescritto dall' art. 129 delle leggi sul rito civile, e condannarsi l' istitutore primordiale alle spese del giudizio;

» Il tribunale in contraddizione delle parti, ed in conformità delle orali conclusioni del pubb. Ministero, pronunziando diffinitivamente in grado di rinvio, annulla tutti gli atti formati tanto nel regio Giudicato *Stella*, quanto in questo tribunale nel giudizio di nunciazione di nuova opera, formati ad istanza del *Conservatorio del Rosario delle Pigne* contro D. *Franceseo Vandi*, e ferma rimanendo solo la inibizione, ordina che la parte più deligente si provegga in giustizia presso

chi di dritto in un regolare giudizio in *petitorio*, e condanna il detto Conservatorio a tutte le spese »

13°

Se l'azione non è di sola nunciazione, ma anche di turbativa di possesso, il giudice procede ne' termini delle sue attribuzioni, quando ordina non solamente che si desista dalle intraprese operazioni, ma benanche che tutto l'innovato si riduca allo stato primiero, giacchè appartiene a' giudici di circondario il conoscere di ogni azione possessoria, per l'art. 103 n. 4° proc. civ., *e non si può mantenere il possesso, senza toglìere ogni innovazione che lo disturbi* — Anche nel caso di nunciazione non vieta la legge di agire in possessorio per togliere ciò che si è innovato, *se l'opera* che già si è eseguita, *abbia nel fatto recato del pregiudizio al possesso altrui*; Si quid operis. . . L. 1, § 1, D. de n. o. n. * — *Rigetto* — 1829, 3 novembre: *Principe d' Ischitella* e *Vescovo di Aversa.*

14°

Inibizione dell' opera, *senza udire la parte avversa*, salvo a questa le sue ragioni innanzi a chi di diritto — Appello: il tribunale rinvia le parti allo stesso giudice. Ricorso:

La Corte suprema » Poichè niuno erasi doluto che il giudice del circondario erasi spogliato della sua giurisdizione, doveva il tribunale esaminare, se la causa era in possessorio, o in petitorio — Doveva giudicare della inibizione, della quale soltanto erasi appellato — *Annullamento* — 1830, 16 febbrajo: *Principe d' Angri* e *Riccio.*

15°

Per le opere incominciate ha luogo la nunciazione di nuova opera: per le compiute l' azione possessoriale ai termini dell' art. 22 della l. organ. de' 29 maggio 1817, e 103 proc. civ. — Queste azioni non debbono tra loro confondersi; la legge le ha chiaramente distinte — Per le opere cominciate dopo la inibizione, il giudice vedrà *quid juris* dopo la perizia — *Rigetto* — 1835, 28 febbrajo: *Preve* e *Trani.*

16°

Il giudice circondariale è competente per la sola inibi-

---

* Qui si cita e si applica l'interdetto *Quod clam*—V. le mie osservazioni su questo interdetto.

zione. Non poteva ordinare la riduzione delle cose allo stato pristino — *Rigetto* — 1835, 28 marzo: *Arezzo* e *Celano.*

17°

La istanza di nunciazione di nuova opera per inibirsi tanto la costruzione di un acquidotto che la deviazione delle acque che si sta praticando mediante l'aquidotto medesimo, è un'azione di nunciazione di nuova opera, a cui è *innestata* quella di attentati commessi sul corso delle acque; ancorchè l'attore avesse dichiarato che intanto non introduceva la querela di turbativa per l'acquidotto, perchè mancante del possesso annuale — *Annullamento* — 1835, 29 gennajo: *Duca di Belgiojoso* e *Catalano* (V. gli altri arresti n. 20, la sentenza n° 21, e l'altro arresto n° 22)

18°

Scavo di fosso per nuova opera. Ordinanza (senza udire l'altra parte) d'inibizione provvisionale *sotto pena di ducati cento* e *di altre pene dovute per legge*: accesso e perizia. — indi altre novità. Sentenza del giudice del circondario » confermata la inibizione per le prime opere. Per lo dippiù, non esservi luogo a deliberare, e rinviate le parti al petitorio»

Il tribunale civile in grado di appello « Restano inibiti tutti i lavori. Per li secondi perizia »

La Corte suprema: Nella nunciazione di nuova opera si fa prima una inibizione *provvisionale*, indi l'altra *diffinitiva*, siccome bene aveva fatto il giudice del circondario — Nella domanda debbono spiegarsi bene i luoghi, le novità ed il danno — La inibizione data dal giudice contro le prime novità, non poteva essere estesa dal tribunale alle seconde — Di queste che non erano state inibite, non poteva conoscere il tribunale — *Annullamento* — 1835, 29 settembre: *Criscuolo*, *Zottoli* e *Consiglio.*

19°

Novità per alterare il corso delle acque. Il giudice dopo una perizia, entrando nel merito, rigetta la domanda d'inibizione. Il tribunale emendando, inibisce, e rinvia le parti innanzi a chi di dritto per lo sperimento delle loro ragioni.

La Corte suprema » L'azione fu ritenuta ne' stretti termini di nunciazione di nuova opera. In linea possessoriale veniva soltanto il supposto attentato » — *Rigetto* — 1835, 17 dicembre: *Rotelli* e *Fantoni.*

20°

Nella nunciazione di nuova opera la efficacia della inibizione data dal giudice, non comincia dal punto che questa è notificata al novatore, ma *rimonta alla notificazione della citazione*, perchè per l' *editto pretorio* e per le *leggi Giustinianee* la nunciazione di nuova opera produceva l' effetto immediato di sospenderla *sive jure, sive injuria opus fieret* — l' art. 1093 delle leggi civ. attribuisce ad una semplice intimazione l' effetto di mettere in mora il debitore; e gli art. 2150 e 2151 attribuiscono ad una intimazione l' effetto d' interrompere la prescrizione — in fine l' art. 103 proc. civ. mostra che l' *atto di nunciazione* sospender faccia ogni novità — *Annullamento* — 1838, 23 gennajo: *Belgiojoso* e *Catalano*.

21°

In grado di secondo rinvio la 1ª Cam. del trib. civ. con sent. del dì 8 agosto 1838 decise: Risultare da giudicato e da atti che l' azione non fu triplice ma unica, e fu di *nunciazione di nuova opera*; e quindi non trovar luogo a deliberaro sulle pretese azioni di *turbativa* e *di attentato sulle acque* All' epoca della inibizione l' opera non era compiuta — Perizia se le nuove opere fatte dai *Catalano* recassero pregiudizio e quale ai mulini di *Belgiojoso*.

22°

Avverso questa sentenza nuovo ricorso di *Belgiojoso*; ma fu rigettato con arresto de' 14 dic. 1841, su i motivi, che è nelle facoltà de' giudici del merito, interpetrando le considerazioni e la dispositiva di una sentenza, riconoscervi un giudicato; e che daltronde la interpetrazione fu conforme agli atti di *Belgiojoso*.

23°

» La Corte suprema sul rapporto del consigliere Mangone visto il tit. del Digesto de n. o. n. — Visto il n. 4 dell'art. 103 proc. civ. — Visto l' interdetto *quod vi aut clam* — Visto l' art. 129 proc. civ.

» Atteso che l' interesse del corpo politico e la tranquillità de' suoi membri esige che niuno si faccia giustizia da se medesimo; che s' impediscano i danni che si temano con nuove fabbriche che voglia fare il vicino, e non si turbi il possessore legittimo nel godimento delle sue cose, ed attenda dal

magistrato quello che gli è dovuto. Ma siccome queste sono provvidenze interine che non influiscono nel merito, così nel *caso di nunciazione di nuova opera il giudice deve limitarsi alla semplice inibizione ; e ne' giudizj di turbativa, a rimettere le cose nello stato in cui si trovavano* nell' anno del turbato possesso, e rinviare al giudizio del merito l' esercizio de' dritti dominicali »

» Atteso le cennate regole, trovasi viziosa la prima sentenza, dacchè *alla lettera del trascritto* n. 4° *dell' art. 102, il magistrato doveva limitarsi a correggere lo innovato in vetitum* dell' ordinanza; perciò l' incarico dato al perito di vedere dei dritto e del danno, non era nella sede della nunciazione.

» Atteso che pecca contro gli stessi principj la seconda sentenza, ove trovasi pronunziata del dritto, mentre doveva limitarsi alla reintegra, qualora concorrevano gli estremi voluti dalle leggi per la turbativa di colui, che da un anno ed un giorno trovavasi nel pacifico possesso. La sentenza di demolizione *cumula il possessorio col petitorio,* contro l' espressa determinazione della legge — *Annullamento* — 1838, 30 gennajo : *Pepe* e *Gallo.*

24°

» Il giudizio di nunciazione di nuova opera dee credersi esaurito, allorchè il giudice circondariale, dopo l' ordinanza inibitoria ed una perizia, ha rinviato le parti al petitorio ?

» Atteso che trattandosi della nunciazione di nuova opera, *i giudici circondariali son chiamati* SOLTANTO *a mantenere lo stato attuale delle cose*, e che *quindi dopo aver dato* le *opportune provvidenze su tale oggetto,* FINISCE *il giudizio insieme con la loro incumbenza,* competendo ai tribunali il vedere, se abbiasi o no diritto di eseguire le intraprese novità, art. 103 n. 4° proc. civ., e art. 4 decr. 29 agosto 1830 » — *Rigetto* — 1839, 22 gennajo : *Monastero del Carmine* e *Mosino.*

25°

» La domanda fu ne' termini di nunciazione di nuova opera per la turbativa, che si arrecava alla sorgiva d' acqua nel fondo superiore di proprietà dell' attore : e ne ottenne interdetto proibitivo. Il tribunale è passato al petitorio.

» Errore, di non potersi in campagna e ne' predj rustici le opere nunciare, al pari di quelle di città, ammettendo a tal

modo una distinzione non voluta dalla legge, ed in diretta contraddizione dell'art. 103 n. 4° proc. civ., e dell' art. 22 n. 4° l. organ. in cui va precisamente provveduto del caso di nunciazione di nuova opera, d' innovazioni ed attentati sul corso delle acque inservienti all' agricoltura. »

» Altro errore, che non potesse ammettersi l'azione, ove si trattasse di danno possibile. Imperciocchè sta nell' oggetto della nunciazione l' interdire il proseguimento dell' opera novella, affin di prevenire il danno futuro, e non di riparare il danno già fatto, secondo che pel § 1 della l. 1, ff. de n. o. n., e pel detto art. 103 n. 4° proc. civ. va testualmente stabilito » — *Annullamento* — 1841, 4 marzo: *Pugliatti* e *Minniti*.

26°

Esaurita la nunciazione di nuova opera, venne il petitorio. Sopra di ciò ricorso, che *fu rigettato* — 1841, 3 aprile: *Tomei* e *Maranga*.

27°

Sentenza del trib. civ. de' 13 aprile 1840: Il trib., uniformem. al pub. Ministero, ordina che ferma restando la inibizione (fatta dal giudice circondariale con ordinanza) le parti si provveggano in giustizia innanzi a chi di dritto — Non vi è luogo a deliberare su i danni-interessi.

Corte suprema: Dalla nunciazione di nuova opera si può passare così al possessorio, che al petitorio — Ogni differenza degl' interdetti è tolta dalle nuove leggi — L' art. 103 n. 4° proc. civ. riflette al caso, in cui l' azione siasi limitata alla sola nunciazione, o al caso in cui l' azione da svilupparsi tenda al petitorio — Non è legale la distinzione, che per le novità nel fondo altrui competa la nunciazione di nuova opera, nel nostro la turbativa — Nella nunciazione di nuova opera non fa d' uopo di citazione; tutto si fa per verbali — *Annullamento* — 1842, 28 maggio: *Bruno* e *Gargiulo* *

28°

Il giudice del circondario è competente a fare distruggere le sole opere posteriori alla inibizione — *Annullamento* — 1842, 4 giugno: *Molfese* e *Molfese*.

* Il tenore di questo arresto, e di qualche altro che credo più importante, saranno riportati in fine della serie di tutti gli arresti, e ciò per non interromperla.

29°

Si può cumulare l' interdetto *nunc. novi operis* con l' altro *Quod vi aut clam* — L' art. 103 proc. civ. sta nel tit. *delle citazioni*, e regola la competenza — È inesatta la distinzione delle novità fatta nel nostro fondo da quelle del vicino — 1842 , 19 luglio : *Cassa di ammortizzazione* e *Sessa* *.

30°

Se la inibizione della nuova opera sia stata poi rivocata nel giudizio petitorio , non vi è luogo a' danni-interessi, perchè non può ritenersi che il nunciante avesse agito con colpa; e molto meno quando l' opera sia stata permessa con alcune modificazioni — *Rigetto* — 1842 , novembre : *Amici* e *Proto*.

31°

L' azione complessiva di attentato al corso delle acque , e di nunciazione di nuova opera , si può ridurre in prosieguo a questa solamente — Ritenuto in fatto dal tribunale, che le operazioni (per divergere le acque) erano state eseguite un mese prima che l' attore avesse acquistato una servitù sul fondo sito nella riva opposta , e che era egli perciò carente di azione possessoria , questa sentenza è esente da censura , perchè il diritto di servitù non era ancora nato , nè si poteva impedire un opera quando non si aveva dritto di farlo — Se colui che abbia concesso una servitù , dopo avere istituito il giudizio insieme col cessionario, rinunzii poi alla lite, ed il tribunale ritenga in fatto che perciò il cessionario, dissociato dal venditore, si trovava mancante del possesso della servitù, questa quistione *di fatto* ** non può formar materia di censura della Corte suprema — *Rigetto* — 1844, 27 gennajo: *D' Amico* e *Gentile* contro *Capozio*.

32°

Per legge colui che arreca danno, deve risarcirlo. Per fatto, costando che la nuova opera fu ingiustamente impedita, bene i giudici del merito (in petitorio) han condannato ai danni-interessi — *Rigetto* — 1844 , 30 aprile : *Spalluti* e *Clementellis*.

---

* Le conchiusioni del pubblico Ministero date per questo arresto, ed il suo tenore, sono riportati in fine della serie degli arresti.

** Mi pare anzi evidente che sia quistione di *diritto*.

33°

Ordinanza del giudice del circondario » Desistano e facciano desistere dalle opere (per mulini) sotto pena della multa di duc. 200 a favore del Tesoro , oltre i danni-interessi a favore de' richiedenti » — In grado di opposizione il giudice si dichiarò incompetente a conoscere del merito della inibizione. Il tribunale, adito nel petitorio , rimise la inibizione , e condannò l'inibente ai danni-interessi. E la G. C. civ. confermò questa sentenza.

Corte suprema a rapporto del consigliere CACACE : » Tra gl' interdetti ha luogo la nunciazione di nuova opera. Si accorda l' interdetto senza cognizione di causa , anzi senza sentire gl' interessati : si accorda *nelle quistioni di possesso,* perchè tra contendenti il giudice *pati non debet eos prosilire ad arma* , e si accorda *sive jure sive injuria opus fiat* »

» NEL SECONDO STADIO *del giudizio non si disputa più del possesso* , *ma della proprietà* , perciocchè trattasi *della remissione* della nunciazione. E poichè della proprietà d' incerto valore non poteva conoscere il giudice regio, perciò è che le parti furono rimesse al tribunale , non in grado di appello , come erroneamente sostengono i ricorrenti , ma in prima istanza. Nè poteva esser diversamente , perciocchè le nostre leggi distinguono il possessorio dal petitorio , che non permettono di cumularsi , art. 129 proc. civ. — E se la quistione del merito si è decisa in petitorio, sublimare a giudicato l' *ordinanza d' inibizione in possessorio* , è un grave errore » etc. — *Rigetto* — 1844, 20 giugno : *Magliano* e *Graziano.*

34°

Ne' casi previsti dal real Decreto de' 29 agosto 1830, il giudice di circondario non può far altro che verificare lo stato de' luoghi. Quindi la sua ordinanza d' inibizione della nuova opera , e la penale aggiuntavi, sono nulle, come pronunziate da giudice incompetente. Le parti possono provvedersi per l' azione possessoria davanti al tribunale civile — *Sentenza del tribunale civile di Napoli* 1844. 27 settembre — *Mansella* , e *Conservatorio di S. Pietro e Paolo.*

35.°

Ha luogo la nunciazione di nuova opera non solamente

se altri la intraprenda nel suo fondo, ma anche se venga a farla nel nostro — La usurpazione di terreno per colmare un fosso, non fa materia di nunciaziazione di nuova opera — *Annullamento* — 1844 10 dicembre: *Martera e Lojacono.*

36°

Se alcuno, in parte edificando, in parte demolendo, turbi il vicino nel possesso della sua casa, costui ha la facoltà di preferire l'azione possessoria alla nunciazione di nuova opera, per far ridurre le cose allo stato primiero. Può esercitare tale azione anche contro dell' usofruttuario. La intermissione del giudizio oltre l'anno, e l'acquisto che intanto il novatore avesse fatto della casa dall' usufruttuario come se fosse di proprietà di costui, non cangia lo stato del possesso — *Rigetto* — 1845, 29 marzo: *Ziccardi e Masi* *.

Tenore dell'arresto n. 27—Bruno e Gargiulo.

181. » Quistioni:

1ª Se nunciata la n. o. ed ottenuta la inibizione, si possa dal nunciante sperimentare innanzi lo stesso giudice adito l'azione dell' interdetto restitutorio, o sia di turbativa?

2ª Se nella specie il trib. abbia violata la legge nel ritenere che dal ricorrente Bruno siasi l'azione istituita soltanto ne' termini di nunciazione?

» Ha osservato che dal fatto del resistente Gargiulo in distrarre il canale destinato a portare le acque piovane nella cantina comune con Bruno, due azioni a costui ne derivavano, quella della nunciazione per impedire le opere da farsi, e l'altra della turbativa all'oggetto di ridurre le già fatte

* Questa causa e l'altra n. 31 furono difese presso il tribunale di Campobasso dall' avvocato Giambattista Petrella; ma mentre questo foglio era sotto al torchio, mi è giunta la nuova della immatura sua morte, avvenuta nel 16 aprile di questo anno 1845, dopo le assicurazioni, infelicemente svanite, di esser già fuori di pericolo. Degno alunno di Domenico Trottà nella filosofia e nella giurisprudenza, Petrella facevasi distinguere per filosofia legale, per morale pura, per disinteresse, e per sentimenti generosi. Solenni onori funebri gli sono stati renduti in quella città, dove gli erano affidate anche cariche amministrative; e ben li meritava. Rendo anch' io alla sua memoria il tristo uffizio della mia stima e del mio dolore.

nello stato di prima ; *azioni amendue possessorie*, e che per le precise disposizioni degli art. 22 n. 4 L. organ. , e 103 n. 4 proc civ. vanno alla competenza circondariale attribuite.

» Che di ciò in conseguenza , nell' avere i secondi giudici ammesso che la riduzione delle cose allo stato antico dipendeva dall' esame del diritto de' litiganti , e che il nunciante doveva provvedersi in un giudizio petitoriale , oltre di avere stabilito l' assurdo che colui il quale si giovi della nunciazione, resti decaduto dal privilegiato esercizio dell' azione possessoriale , si fecero alla violazione de' principj organici delle giurisdizioni, e con questi degli art. di legge qui sopra citati, e degli art. 127 e segu. della proc. civ.

» Ha osservato ancora, che la nunciazione, la quale presso i latini era permessa di privata autorità pel solo *jactum lapilli*, non avendo altro oggetto che quello d' impedire provvisoriamente il prosieguo di ogni intrapresa innovazione, può formar base e mirare così al fine di un' azione possessoriale, quando dritto al nunciatore di mantenersi nel possesso libero di quella proprietà o servitù attiva gli compete , come di un azione petitoriale , se il nunciante istesso si determini nello scopo di contendere e far decidere del dritto di possesso che creda di appartenergli.

» Che *tolta dalle leggi nuove ogni differenza de' varj interdetti* ammessi da romani , e stabilito per *la nunciazione di nuova opera* , e *per ogni altra azione possessoriale*, sia competente il giudice di circondario a procedere, contro tutta ragione legale si avvisò il trib. civ. di ritenere che non si potessero l' una e l' altra cumulare avanti quella giurisdizione la quale n' è sola la propria , e che per lo esercizio della prima non sia più dritto a sperimentare la seconda :

» Che comunque per l' art. 103 n. 4° vada attribuito al giudice regio d' inibire soltanto ove si tratta di nunciazione, tuttavia sia manifesto dagli espressi principj, che ciò non può riflettere , se non al caso in cui *l' azione siasi limitata alla sola nunciazione* , *od a quello in cui l' azione la quale di seguito voglia svilupparsi, tenda al petitorio.*

» Ha osservato che fuori di proposito si è fatta valere la differenza, di procedere la nunciazione , quando un proprietario *innovi nel suo fondo* in pregiudizio altrui , e la turba-

tiva, lorchè taluno venghi molestato nella sua pacifica ragione di possessore, imperocchè *non mantenuta una tal differenza dal nuovo dritto* *, nè anche sarebbe ad influire nella specie, in cui il ricorrente medesimo muove sue doglianze delle opere le quali si facevano o si eran fatte *sul canale comune*, e che le acque conducevano nel serbatojo di sua proprietà — E sebbene il muro, al quale il canale istesso si poggiava, si fusse stato di esclusiva pertinenza del sig. Gargiulo, pure non è men vero che da tanto era a derivarne contro lo stesso *una servitù passiva*, l' alterazione della quale in danno del fondo dominante, secondo il disposto dell' art. 622 ll. cc., costituiva nel sig. Bruno il dritto alla nunciazione, ed alla reintegrazione delle cose innovate. Da ciò dunque la mala applicazione delle leggi, 1 § 15, e 5 D. de n. o. n., da ciò la violazione del § 1 della stessa l. 1, e dei citati art. 103 proc, e 622 ll. civ.

Sulla 2ª

» Ha osservato che essendo oggetto della dimanda di nunciazione quella d' impedire il proseguimento delle opere intraprese, *e non bisognando a tal procedura la citazione* della presente controversia, non doveva la dimanda istessa mirare alla istituzione del giudizio di turbativa.

Che ciò non di meno l' istanzante Bruno nel provocare l'*ordinanza* d' inibizione, non omise di spiegare il fine cui era diretta, cioè quello di non venir turbato dal suo pacifico possesso.

» Che da tutto il corso del giudizio, dalle deduzioni rispettive de' contendenti avanti il giudice regio, presso cui tutto procede per verbali e senza l' ufficio di patrocinatori, dall' istruzione del giudizio medesimo, e dagli atti i quali ebbero luogo, va chiaramente manifesto di essersi la lite contestata e versata sulla turbativa di cui dolevasi il sig. Bruno, sul possesso in cui richiedeva di esser mantenuto, e sulla restituzione delle cose innovate allo stato pristino, e che perciò i secondi giudici nel ritenere principj opposti, e nell' ammettere che la lite sulla turbativa non si fusse contestata, si allontanarono dai fatti veri della causa, scambiandone la qui-

* Era dunque stabilita dal diritto antico? Vedete pag. 77 n. VI.

stione che eran chiamati a risolvere, e violarono in tal modo l' art. 219 della l. organ. giudiz.

Ha osservato in somma che per tutte le enunciate trasgressioni non possà la sentenza dinunziata evitare la censura a cui si è sottoposta — *Annullamento* — 1842, 28 maggio: *Bruno* e *Gargiulo*.

Tenore dell' arresto n. 29.

182. La C S. ha esaminato la seguente quistione:

Collo escludersi l' azione possessoria della ricorrente si violò alcuna legge? in altri termini, può cumularsi l' interdetto *nunc. novi operis* all' altro *quod vi aut clam*?

» Si è osservato che il tribunale medesimo ritenne in fatto che la Real Cassa col suo libello riclamò gli effetti di amendue tali interdetti — Che avvertita la Real Cassa di esser l' opera compiuta, si restrinse a chiedere gli effetti del secondo dalla giustizia del giudice circondariale — Che dopo ciò era inutile più versare sulla nunciazione di nuova opera, perchè abbandonata dall' attore.

» Osserva poi in dritto che erroneamente il trib. considerò essere esclusa l' azione possessoria pel disposto dell' art. 103 delle leggi di rito. Tale disposizione essendo *nel titolo delle citazioni*, risolve le quistioni di competenza sul proposito, e dispone perciò la competenza del giudice regio sulle azioni possessorie, n. 4° di detto art. coerente agli art. 22 e 24 della l. organ. — Inoltre l' art. 127 delle leggi di rito appositamente tratta delle azioni possessorie, ed in niun altro luogo si legge vietato di cumulare i due interdetti.

» Quanto poi alla distinzione portata dai giudici del merito, a prescindere di essere inesatta, poichè colui che avversa una servitù in qualunqne modo, non altrimenti può farlo che edificando nel suolo proprio, nella specie ignorava il tribunale se le innovazioni fatte dal sig. Sessa eran sul suolo proprio, o della Real Cassa, e se ad un tempo aveva colle innovazioni usurpato il suolo della Real Cassa, o distrutta o minorata una di costei servitù, giacchè niuna perizia aveva messo in chiaro le circostanze peculiari di fatto per tale giudizio.

» Sotto tutti i rapporti adunque si riconosce vizioso il giu-

dicato denunziato, donde la censura da emettersi » — *Annullamento* — 1842, 19 luglio: *Cassa di ammortizzazione e Sessa.*

Questo arresto fu preceduto da conchiusioni scritte dell'avv. gen. Del Giudice, che io credo dover qui riportare.

Conchiusioni dell' avv. gen. Del Giudice.

183. » Sarà per avventura negato di agire in via possessoriale per l'interdetto restitutorio? Può mai applaudirsi alla massima ritenuta dai giudici del merito, che l'interdetto *Quod vi aut clam* sia scomparso nella nuova legislazione, e precisamente per disposizione dell'art. 103 n. 4° proc. civ.?

Il Pubb. Ministero osserva preliminarmente che nella disputa particolare, come in tutta la materia delle azioni possessorie, senza dubbio *ondeggia la giurisprudenza*. Da una parte le testimonianze di *Dalloz*, *Favard*, *Pardessus* ed altri. In contrario si producono la testimonianze di *Sirey*, *Merlin*, *Locré*. Ed è poi specioso il veder citati per l'una e per l'altra parte *Henrion de Pansey*, *Garnier*, *Carrè*.

In questo ondeggiamento il P. M. nel dover rassegnare la sua opinione, e le osservazioni per giustificarla, prende di guida, 1° la volontà del legislatore che crede non oscuramente manifestata nel testo della legge; 2. La giurisprudenza più recentemente stabilita da questa suprema Corte; 3. Ed in fine l'autorità dell'ultimo scrittore francese, il quale combattendo le diverse ed opposte opinioni, tutte soverchiamente trasportate, meglio di tutti ravvicina li sacri dritti della proprietà, e li preserva dagli assalti non preveduti delle insidie e delle sorprese.

1. Osserva pertanto, in quanto al testo delle leggi, che l'art. 22 n. 4° della l. organ. del 1817, e l'art. 103 n. 4 delle leggi proc. civ. *uniformemente* stabiliscono che li giudici circondariali sian chiamati a conoscere ed a quindi giudicare sulle azioni ....*

Sono poi nell'art. 127 indicati li due limiti che soli circoscrivono l'esercizio delle azioni possessorie, cioè pendenza

* V. gli articoli che quì si citano, nelle pag. 86 e 87, i quali non sono certamente uniformi.

del termine di un anno dal dì del turbato possesso : termine di possedimento pacifico ed a titolo non precario, anteriore al dì della turbativa.

Spiegata a tal modo la volontà del legislatore, il P. M. non trova ad applaudire così alla restrizione de' poteri de' giudici circondariali per *la sospensione delle opere incomplete* , come alla distinzione tra le opere eseguite nel proprio fondo o nell' alieno. È sommamente illegale ed assurda quella intelligenza della novella legislazione, che sconosce affatto l' interdetto *Quod vi aut clam factum erit , ut restituatur : nam his interdictis restituetur , si quid illicite factum sit :* l. 1 , § 1 , D. de n. o. n. La immaginata innovazione legislativa punto non risulta dalla lettera dell' art. 103 n. 4.° proc. civ. ; e l' abrogazione dell' interdetto restitutorio esercibile in giudizio possessoriale, ed il rinvio al giudizio petitorio , sono concetti per se stessi ingiuriosi ai fondamenti più stabili e sacri della giustizia naturale e civile, la quale non ha potuto nè mai ha voluto soffrire , neppure per un istante , li malefici effetti della violenza , della sorpresa , e delle clandestine preoccupazioni.

2. Osserva poi intorno alla giurisprudenza della Corte suprema , che D. Giuseppe *Sessa* rammenta quattro arresti del 28 agosto 1824 , 29 settembre , 1 ottobre e 12 nov. 1825 , de' quali uno s' intrattiene nella quistione della competenza , due misurano i termini dell' azione dedotta in giudizio, ed un altro solamente si trasporta a negare ai giudici circondariali il potere di applicare lo interdetto restitutorio , fatto riflesso che potrebbe talvolta versarsi in simili giudizj qualche discussione nella materia della proprietà. Così è dunque che niuno di questi arresti sconosce in senso assoluto l' applicazione dell' interdetto restitutorio , nè ha sanzionato la innovazione della legislazione per questa parte.

A vicenda la Real Cassa produce tre arresti del 5 febb. 3 nov. 1829 , e 31 marzo 1831 *, nè quali è costantemente riconosciuta la viva osservanza ed applicabilità della ripristinazione. Si permette il P. M. di dar lettera del citato arre-

---

* Sotto questa data non esiste alcuno arresto per nunciazione di nuova opera , e nè anche nello stesso giorno e mese del 1830 e del 1832. Sarà dunque un errore di data.

sto del 5 febb. 1829 che sembra fatto per la causa della Real Cassa......

3. Osserva in fine che l'autorità di *Troplong* consigliere della Corte di Cassazione di Parigi ravvicina tutte le discordanze. Questo profondo giureconsulto rifiuta la distinzione de' luoghi, ne' quali le opere incoate o terminate cagionano un danno positivo, o turbamento nocivo al possesso. Nell'opera delle *prescrizioni* n. 325 e 326 vol. 1, ritiene la differenza delle opere cominciate o terminate, per essere però le une e le altre impugnate in via possessoria, o con la nunciazione di nuova opera, o coll' azione di turbativa *che ha rimpiazzato* l' interdetto *Quod vi aut clam factum erit, ut restituatur* (n. 327) ed in ultima analisi si stringe nella disciplina degl' interdetti e delle azioni possessorie, come si praticavano nell' antica legislazione, e non osa di sospettare che nella legislazione novella si comprenda per questa parte alcun cangiamento. *

In conseguenza della proposte osservazioni il P. M. richiede di accogliersi il ricorso della Real Cassa, e di annullarsi la impugnata sentenza. Dimanda atto delle presenti conchiusioni.»

SEZIONE III.

QUISTIONI SU LA GIURISPRUDENZA PRESENTE.*

§ 1. *È legale la distinzione, che la novità, fatta nel fondo del vicino, dia luogo a nunciazione di nuova opera: se poi sia fatta nel fondo nostro, dia luogo ad azione possessoria?*

184. Io credo aver dimostrato che questa distinzione è contro il diritto romano, e che non è conforme nè anche al diritto francese, art. 156. Aggiungo qui, che non solamente non trova appoggio nella legge patria, ma che anzi ne viene esclusa. La legge organica nel dare a' giudici di circondario la competenza su la nunciazione di nuova opera, non fa certamente distinzione, se il luogo appartenga a colui che faccia la novità, o a colui che sen voglia dolere. La legge di

---

* V. su la giurisprudenza francese ciò che ho detto negli art. 147 a 160, e ciò che dirò nella terza parte.

rito nè anche fa distinzione di luoghi in quanto alla natura dell'azione: sia nostro, o sia alieno il luogo della novità, è indifferente: la indicazione del luogo è fatta per sapere il giudice a cui si debba dirigere la domanda della inibizione.

Vi è di più. La legge francese, la quale dà l'azione possessoria, senza aggiungere che comprendesse anche le servitù, ha potuto lasciare qualche occasione a ritenere, pei fondi l'azione possessoria, per le servitù poi la nunciazione di nuova opera.

Ma la nostra legge avendo ammesso l'azione possessoria, non solamente per gl'immobili, ma anche ed espressamente per le servitù, toglie ogni appoggio alla opinione, la quale in materia di nunciazione di nuova opera, riduce l'azione possessoria ai soli immobili, escludendola dai diritti; o più breve, la riduce al possesso, escludendola dal quasi possesso. Se l'azione possessoria è ammessibile contro di nuova opera, dev'essere ammessa per tutti gli oggetti, pe' quali l'azione possessoria è ammessibile; dev'essere ammessa, tanto se offenda il possesso fondiario, quanto se offenda il possesso di servitù. E per conseguenza, data la ipotesi che il giudice di circondario potesse, dopo avere inibito, giudicare in possessorio, non vi è ragione, perchè non potrebbe giudicare anche sul possesso che fosse offeso di servitù, e far restituire le cose nello stato in cui erano. Se si opponga che nol possa, per lo limite messo dalla legge alle sue attribuzioni, replicherò che quel limite gl'impedisce parimenti di conoscere del possesso fondiario, offeso da nuova opera.

185. Coloro che escludono la nunciazione di nuova opera, quando l'opera sia un attentato alla proprietà, e l'ammettono quando sia un attentato alla servitù, non si avvedono, 1° che nell'uno e nell'altro caso (a parte la gradazione) l'impedimento è sempre un'attentato alla proprietà, perciocchè colui che impedisce al vicino di edificare nel suo, non lascia di attaccare in lui l'esercizio di un diritto di proprietà *— 2° privano il proprietario, che vede farsi un edifizio nel suo, del mezzo di arrestare la costruzione, obbligandolo in vece ad aspettare l'evento del giudizio possessorio.

---

* V. la nota pag. 79 a 80.

E così favoriscono più la causa della servitù, che quella della proprietà. Appunto perchè la nuova opera è *una vera usurpazione*, *un attentato alla proprietà*, come dice PARDESSUS, perciò dev'essere più presto inibito, nè può essere più prontamente inibito, se non che con la nunciazione di nuova opera.

Io ho combattuto questa distinzione indotta dalla giurisprudenza francese. Tra noi il sig. ROBERTI si fece illudere, credo, dall' autorità da lui citata del presidente HENRION DE PANSEY. Il sig. MOCCIA dal senso, a prima vista equivoco, di una legge romana. Il sig. OLIVA non dà ragione del suo avviso *. È certamente notevole la concorde opinione di questi tre magistrati. Anche la nostra Corte suprema riconobbe la stessa distinzione nell' arresto n. 5, ma poi l'ha formalmente rigettata nell'arresto n. 27 pag. 114 e segu., ed anche nell' altro n 36.

§. II. *L'azione possessoria può essere istituita presso il giudice del circondario insieme con la nunciazione di nuova opera? — Può essere istituita dopo?*

186. Poichè l' attore non può adire il giudice del circondario, se non a solo oggetto d' impedire la continuazione dell' opera, siegue che a quel solo oggetto debba limitarsi il giudice adito; e quindi la domanda che violasse quel confine, e la sentenza che seguisse la violazione del confine, sarebbero ambedue contro la legge. Dunque alla nunciazione di nuova opera non può cumularsi l' azione possessoria.

187. Non può essere istituita dopo, perchè, oltre che non vi era oggetto da volerla per poco separata dall' atto d' inibizione, bisognava che dopo quel precetto assoluto e limitativo, seguisse nel testo la permissione di sperimentare l'azione possessoria su la stessa materia di nunciazione di nuova opera. Aggiungete che se la competenza del giudice del circondario fosse stata lasciata ne' termini della legge organica, cioè

---

* Ecco le sue parole: » Bisogna che l' opera sia fatta nel proprio fondo, e che il vicino ne risenta pregiudizio. Se l' opera fosse fatta nel fondo altrui, questi non alla *nunciazione*, ma all' azione di *turbativa*, dovrebbe ricorrere »

senza termini, le norme di giudicare dovevan cercarsi nel diritto romano, giacchè niun' altra norma esiste nelle nuove leggi. Ora nel diritto romano, fatta la inibizione o rimessa, si passava alle azioni petitorie, *confessoria o negatoria* (art. 40) senza che intercedesse l' *Uti possidetis*, il quale, come abbiam veduto, era un rimedio straordinario ed eventuale, che si adoperava per sostenere la non rispettata nunciazione. Ed anche in quel caso, l'effetto dell' *Uti possidetis* era limitato a mantenere le cose *statu quo* : Ciocchè corrisponde, in quanto all' effetto, all' oggetto prefisso dalla nuova legge, cioè impedire l' alterazione dello stato attuale. In somma la nunciazione e l' *Uti possidetis* de' romani, benchè di diversa natura, convergevano ad unico scopo : *mantenere lo stato presente*; siccome allo stesso scopo mira la legge di rito, quando impone al giudice di *far rispettare lo stato attuale*.

188. La volontà del legislatore è più manifesta per la differenza che ha messo tra la legge organica e la legge di rito, in quanto ai limiti della competenza del giudice locale. Questa differenza è così patente, che fa meraviglia come un magistrato giureconsulto non ne abbia tenuto conto, mentre, specialmente da tale differenza sono venuti i dubbj di competenza ne' giudizj di nunciazione di nuova opera, siccome ben si faceva osservare nel citato *avviso consultivo*. Che nell' art. 103 n° 4° siavi una innovazione legislativa, basta confrontarlo con la legge organica. Che importa che altrove siansi indicati *due soli limiti*, o piuttosto condizioni, *all' esercizio dell' azione possessoria ?* Da ciò sicuramente non siegue che nella nunciazione di nuova opera non sia stata limitata la competenza del giudice circondariale. Non trattasi di vedere, a quali condizioni possa egli conoscere dell' azione possessoria, ma si bene se, date pur anche quelle condizioni, egli possa conoscerne nella speciale materia della nunciazione di nuova opera. Ora il limite, messogli appositamento in questa materia, gl' impedisce di procedere oltre, qualunque sia il titolo al procedimento ulteriore, sia che l' interdetto *Quod vi aut clam* si presenti sotto la forma romana, sia che si supponga nascosto sotto la nuova forma di azione possessoria : il divieto è generale ed assoluto. Se poi l' *abrogazione di quell' interdetto fosse un concetto ingiurioso alla giustizia naturale e civile*, ciò sa-

rebbe fuori dell' officio del giudice: ciò appartiene al legislatore; di che nella terza parte di questo *Trattato*.

189. Gli arresti n° 7 e 23 mentre riconoscono che la legge di proc. abbia *letteralmente* limitato la competenza del giudice di circondario al solo oggetto d'impedire ogni innovazione ulteriore, fan travedere che quella limitazione riguardi la sola nunciazione di nuova opera, non l' azione possessoria — Ma una limitazione espressa ed indistinta non può scomparire per via di congetture, e molto meno in un caso soltanto, non nell' altro.

190. L' arresto (n. 27) sostiene che l'art. 103 n° 4° non rifletta che a due casi: 1° quando l'azione siasi limitata alla sola nunciazione; 2° quando l' azione che di seguito voglia svilupparsi, tenda al petitorio — Ma con tutto il rispetto dovuto alla Corte Suprema, si fa osservare: 1° che la legge non dà ivi una norma variabile secondo che variasse il fatto dell'attore, cioè se egli si limiti alla sola nunciazione, senza unirvi l'azione possessoria. La legge in termini assoluti ed esclusivi limita ella stessa l' oggetto dell' azione alla sola inibizione, e per conseguenza toglie anticipatamente all'attore la facoltà di tendere al altro oggetto o d' innestarvi altra azione. E quindi la legge non può affatto aver mirato a regolare un oggetto che intese anzi preventivamente escludere — 2° Per la stessa ragione non può aver mirato al caso eventuale di azione petitoria che si volesse sviluppare dopo la inibizione. Dunque la preveggenza di quei due casi, non solamente è una supposizione non appoggiata al testo della legge, ma è manifestamente esclusa dalle sue espressioni.

191. Un' altro arresto (n. 29) non tien conto della limitazione messa nella legge di rito, perchè l' art. 103 n° 4° essendo messo sotto il titolo *delle citazioni*, intenda a risolvere le quistioni di competenza—Ma dovunque sia messo quell' articolo, il suo sito non fa che il giudice, ivi chiamato ad inibire, non sia stretto dal limite ivi pure fissatogli, cioè *a solo oggetto d' impedire ogni innovazione che alterasse lo stato attuale delle cose*. È competente, ma soltanto per mantenere le cose *statu quo*. Nè questo è il solo esempio dove le leggi di rito abbiano derogatò alla legge organica, o contengano una disposizione di diritto che forse sarebbe meglio collocata in altra parte del codice.

192. Non può accogliersi l'altra opinione, cioè che quel limite sia proposto al giudice dov' è sita la cosa litigiosa, non al giudice del domicilio del convenuto; perciocchè il giudice dell'azione possessoria essendo lo stesso che il giudice della nunciazione, non può trovarsi altro giudice circondariale che da quel limite fosse sciolto. La stessa legge che ha indicato il giudice che debba impedire, ha insieme spiegato dove si arrestano le sue facoltà.

193. È notevole che la legge organica fu anteriore alla riforma de' codici; ciocchè dimostra esservi stato un motivo da non far rimanere senza freno la competenza del giudice circondariale, come gli era stata data dalla legge organica. E più risalta il proponimento d' innovare, da che nell' art. 103 si è pressocchè trascritto l' art. 22 delle legge organica, meno poche variazioni, tra le quali è quella di cui trattiamo — Se si fossero pubblicati, come sarebbe stato utile, i motivi delle riforme, avremmo conosciuto la ragione dell' aggiunzione; ed allora si sarebbe probabilmente evitata la occasione delle interpetrazioni divergenti. Io cercherò d' indagare nel § seguente la ragione della riforma; ma checchè sia della mia divinazione, la differenza sta, ed i giudici debbono come le parti rispettarla.

194. La nunciazione di nuova opera è un azione *sui generis*, distinta per diritto romano e patrio dalle azioni possessorie. La legge di rito non solamente l'ha distinta da tutte le altre materie di competenza del giudice del circondario, ma l' ha distinta pur anche dalle materie che hanno rapporto alla nunciazione, separandole con quest' ordine:

Servitù nel possessorio:

Nunciazione di nuova opera a solo oggetto d' impedire. . . .

Attentati al corso delle acque:

Ed ogni altra azione possessoria.

Convengo che la legge avrebbe fatto meglio, se avesse messa una separazione positiva e topografica, per così dire, tra la nunciazione di nuova opera e le azioni possessorie qualunque. Ma ciò non toglie che siavi tra loro una distinzione; nè toglie, lo ripeto, che la competenza del giudice del circondario nella nunciazione di nuova opera, abbia una confinazione. Ora dopo così precisa confinazione, messa nel principio del paragrafo, come si può supporre che

la legge, nella fine del paragrafo medesimo, mettendosi subito in contraddizione con se stessa, avesse inteso rompere quel confine, e dopo avere ingiunto al giudice circondariale di fermarsi là, gli avesse poi permesso di passare oltre, cangiando soltanto il nome al suo procedimento? Il precetto di fermarsi è positivo, anzi più che positivo, per esser dato in termini proibitivi: il permesso di passare oltre è supposto. Dunque quella interpetrazione meramente intenzionale, non solamente ha una base negativa, cioè il silenzio della legge, ma ha il vizio di distruggere a forza di congetture il suo linguaggio speciale e preciso. Dopo che la legge aveva avvertito i possessori di fondi o di servitù, non poter altro sperare dal giudice del circondario, che il solo impedimento de' lavori, è assurdo supporre che tacitamente gli avesse rinviati allo stesso giudice per farli demolire. Mi sembra dunque chiaro che per la nunciazione di nuova opera il legislatore abbia voluto chiudere ed abbia chiuso la competenza del giudice circondariale come nel *cerchio di* Popilio.

195. Conferma questa teoria un'altra espressione della legge. Ella vuole conservato lo stato *attuale*. Dunque lo stato anteriore dev' esser pure conservato, perchè già divenuto attuale nel momento della inibizione; e perciò le novità che si trovano fatte in quel momento, sono lasciate intratte *. Ma se diate al giudice circondariale anche l' azione possessoria, egli non può conservar mai lo stato *attuale*, perciocchè per effetto dell' evento qualunque dell' azione possessoria, o lo ridurrà allo stato antico, ovvero lo farà passare allo stato nuovo a cui mira l'opera: Doppio cangiamento, *retrogrado* o *progressivo*, che altera sempre lo stato *attuale*.

196. Qual è dunque il senso naturale della legge? Quando l'azione possessoria è indipendente da nuova opera, il giudice

* Lo stato *attuale*, secondo Roberti, era lo stato anteriore al cominciamento dell'opera, e perciò dice che il giudice debba far demolire ciò che erasi cominciato a costruire. Ma basta por mente all' art. 103 ed al suo n. 4, per vedere che quell' *attuale* si riferisce al momento dell' impedimento che sarà ordinato dal giudice: siccome parimenti la nunciazione, privata o Pretoria, de' romani colpiva le novità nel momento che era fatta; *ut confestim per nunciationem ab opere discedatur*, l. 5, § 4, h. t.

circondariale conoscerà dell' azione possessoria. Ma se siavi nuova opera, egli non può esser chiamato che ad impedirne la continuazione: là finisce la sua competenza come ben diceva la Corte suprema (arresto n. 24). Dargli facoltà ulteriori è rompere l' argine oppostogli dalla legge » a *solo oggetto d' impedire lo stato attuale* » L' oggetto della citazione e dell' intervento del giudice non sarebbe più unico, ma triplice, cioè *impedire*, indi *far distruggere*, o *far continuare*. E se fosse così, resterebbe senza senso e senza oggetto la limitazione, appositamente aggiuntagli dalla legge di rito.

197. Io debbo aggiungere che nel senso da me esposto è stata intesa la legge dal maggior numero de' giudici di circondario e tribunali, siccome apparisce dalle cose che riferisce e da ciò che propone il sig. Moccia, *dall'avviso consultivo* che ho riportato di sopra, da alcuni arresti della nostra Corte suprema che approvano tale interpetrazione *, ed indirettamente da quegli arresti che la riprovano, e finalmente dalle assicurazioni fattemi da molti avvocati, e da magistrati antichi e nuovi. La opinione poi del sig. Oliva è così precisa e ragionata, che nulla lascia a desiderare:

» La nostra legge organica (egli dice) delega a' giudici di circondario tali giudizj (di nunciazione di nuova opera): però si mancò di designare con precisione sin dove si estendessero le attribuzioni de' giudici di circondario con tal delegazione, e dove si arrestasse l' azione possessoriale della nunciazione. Questa precisione si portò nella redazione dell' art. 103 proc. civ. che può considerarsi declaratoria della legge organica. All' espressioni di nunciazione di nuova opera, si aggiunsero le altre, *a solo oggetto d' impedire ogni innovazione che alterasse lo stato attuale delle cose;* le quali equivalgono alle altre » *a solo oggetto impedire, o fino all' impedimento.* In

* Tra gli arresti che riducono la competenza del giudice circondariale alla sola inibizione meritano di esser notati quelli che ho enunciati sotto i num. 4, 10, 24, 28, 32 — Quest' ultimo specialmente divide in due stadj il giudizio di nunciazione di nuova opera. Nel primo stadio si accorda l' interdetto senza cognizione di causa, e l' *ordinanza d' inibizione costituisce il possessorio.* Nel *secondo stadio,* che è petitorio e di competenza del tribunale, trattasi del diritto. Se è così, questo arresto non riconosce, oltre la inibizione, un' azione formalmente possessoria.

questo modo la nunciazione di nuova opera è una specie di azione possessoria *manutenendae possessionis*, che termina col divieto, in modo che la rivoca di tal divieto va rimandata all' esito del giudizio PETITORIALE sul dritto a edificare, di cui è conseguenza la reintegra.

» Il giudice del circondario perciò pronunziando l' impedimento, non potrebbe ordinare la demolizione dell' opera già fatta prima della nunciazione. Imperciocchè sarebbe questo contrario alla natura di tal giudizio, ne confonderebbe la parte possessoriale con la petitoriale, URTEREBBE CON LA MANIFESTA ESPRESSIONE DELLA LEGGE, sarebbe in fine contraria ai principj della pubblica economia — Proibire onde niente s' innovi ulteriormente, finchè non sia statuito sul dritto di edificazione, è la natura di tal giudizio. Ora il PROIBIRE LE NOVITA' FUTURE, INCLUDE LA DUPLICE IDEA, DI RISPETTARE ALLO STATO CIÒ CHE SI È FATTO, E DI NON FARSI ALTRE NOVITA'. L' azione compresa in questo caso è per le nuove leggi subordinata al giudizio sul dritto a edificare: ordinando quindi la demolizione delle opere fatte prima della proibizione, si confonderebbe il possessorio col petitorio. Finalmente la pubblica economia consigliava questo temperamento. Una nuova opera rappresenta un valore prodotto: demolirla è lo stesso che distruggere il valore creato, ed il permetterlo prima di definire il diritto a edificare, sarebbe contrario ai pricipj di economia » — *Trattato della competenza de' giudici di circondario in materia civile* del sig. OLIVA, ora presidente della Gran Corte civ. di Trani.

198. Non sarà inutile qui soggiungere le varietà e contraddizioni, in cui sono i fautori della opposta opinione:

1. Alcuni tengono per abrogati gl' interdetti romani: Altri, per vigenti tuttavia: Altri li conciliano con l' azione possessoria *: Altri li trovano fusi nell' azione possessoria — Altri

* Nel 1840 tra i quesiti proposti agli aspiranti a cariche giudiziarie, vi furon questi:

» Gl' interdetti del diritto romano come si riducano nelle azioni possessorie delle presenti leggi?

» Come la esposizione che vi è nelle leggi romane, possa servire ai prin-

li riconoscono rimpiazzati dall' azione possessoria, ritenendo però il loro carattere. Altri confondono l' azione possessoria con l' interdetto *Quod vi aut clam*, e dicono poter questo cumularsi con la nunciazione di nuova opera.

2. Alcuni distinguendo dal possesso che venga da dominio, il possesso da servitù, danno l' azione possessoria nel primo caso, la nunciazione nel secondo. Altri riprovando queste distinzioni, danno in qualunque caso la nunciazione e l' azione possessoria.

3. Alcuni non riconoscono differenza di competenza tra l' opera imperfetta e la compiuta. Altri riconoscendola, non ammettono contro l' opera compiuta se non che l' azione petitoria — Ed altri si sdegnano perchè si voglia proscrivere l' interdetto *Quod vi aut clam* contro l' opera compiuta.

4. Alcuni non tengono conto del limite di competenza, senza renderne ragione — Altri danno per ragione che sia messo in sito non proprio — Altri lo riferiscono ai termini della domanda del nunciante — Altri lo dirigono al solo giudice della cosa litigiosa, dispensandone il giudice del domicilio.

5. Alcuni ammettono senza riserva l' azione possessoria per compagna o per seguace della nunciazione di nuova opera: Altri a condizione che non vi si mischi dritto o titolo di proprietà.

In queste ed altre varietà non sono nè anche costanti.

§ II. *Probabili motivi della riforma nella legge di rito.*

199. Ma perchè nella legge di rito fu aggiunto quel limite di competenza che non era nella legge organica? Alcuni trovano la ragione nel valore indeterminato della causa: Altri

cipj generali delle nostre leggi sulla materia, e renderne l' applicazione più pratica? »

In quest' anno, uno de' quesiti è su l' interdetto *Uti possidetis*, e su i suoi rapporti con gli altri interdetti.

In questi quesiti pare che si riconosca l' abrogazione degl' interdetti, ma nondimeno l' utile che derivi dalle loro teorie ne' giudizj possessorj delle nuove leggi. Checchè sia di ciò, io credo che per quel canditato, il quale avesse portato le sue alte vedute su le due legislazioni comparate, sarebbe troppo inferiore la carica di giudice di circondario.

nelle quistioni, ordinariamente mischiatevi, di proprietà. A me pare che il primo di tai motivi, non solamente non è appoggiato ad alcuna legge, ma è anzi escluso da testo positivo, il quale nella nunciazione di nuova opera ed in tutte le altre materie, notate nell' art. 22 leg. organ., fa competente i giudici di circondario, *qualunque sia il valore delle cose controverse.* Trovo vero nella esperienza il secondo motivo, e lo adotterei, se non ostasse la competenza data loro nelle azioni possossorie di servitù, le quali spesso *admistam habent causam proprietatis.*

200. Io credo piuttosto che i motivi della limitazione messa in questa materia alla competenza del giudice di circondario, siano ne' rapporti delle sue facoltà con le leggi romane, e più con le nuove leggi:

1° Se si lasciava illimitata al giudice circondariale la competenza nella nunciazione di nuova opera, avrebbe potuto facilmente supporre che potesse far tutto ciò che faceva il Pretore ne' tempi antichi, il Prefetto di Costantinopoli o il Rettore della provincia ne' tempi di *Giustiniano*. Perchè non vagasse incerto nèlle leggi antiche, si pensò di stabilirgli una norma.

2° Data al giudice locale la competenza tanto della nunciazione di nuova opera, quanto delle azioni possessorie, fossero pur anche di servitù, e stabilito che l' azione possessoria del nuovo dritto rimonta al tempo anteriore (a differenza dell' *uti possidetis* che si limitava al presente) niente di più facile che il giudice locale, dopo avere impedito la continuazione dell' opera, si credesse autorizzato a conoscere del merito delle novità, come quelle che avessero turbato il possesso della proprietà, o della servitù. Allora trovando sussistente la turbativa, avrebbe potuto far distruggere i lavori, tuttocchè intrapresi senza ostacolo da più mesi prima, e da un anno ancora a cui mancasse un giorno solo Ora questo terribile potere, o piuttosto opinione di potere, si volle togliergli con quelle limitazioni segnategli dalla legge di rito. Di più avrebbe potuto far demolire l' opera già compiuta da poco meno di un anno. Nè si dica che per legge romana la nunciazione non era data per opera compiuta; perciocchè il giudice circondariale, chiamato ad impedire, e (per ipotesi) a giudicare, non trovando più che impedire, poteva vedere se dovesse di-

struggere; in altri termini, mancatagli la nunciazione, passerebbe all'azione possessoria. Per prevenire questi inconvenienti, de' quali eravi stato qualche esempio e qualche teoria, si avvisò il legislatore d'imporre al giudice circondariale di contenere la sua giurisdizione unicamente nello *stato attuale*. » Autorizzare un giudice di pace a far distruggere opere incominciate, e peggio opere terminate (disse un arresto della Corte di cassazione di Parigi) sarebbe investirlo di una giurisdizione esorbitante che non è nè nella lettera, nè nello spirito delle nuove leggi » * A questo scopo è pure diretta l'ultima osservazione del presidente Oliva, riferita pag. 127, se non che il nostro autore avvalora i motivi di diritto con l'interesse della pubblica economia.

In somma la legge intendeva evitare il pericolo ed il danno di una demolizione, che fosse ingiustamente ordinata: ed e-

* Ecco tutto il tenore di quell' arresto del 15 marzo 1826:

» Considerando che trattasi di una nunciazione di nuona opera — Che in tesi generale quest' azione è di natura possessoria, nel senso che tende a fare interdire la continuazione dell' opera incominciata, ed a fare ordinare che le cose restino provvisoriamente *in statu quo* »

» Ma, atteso che non si deve confonderla con le altre azioni possessorie, e che dessa è caratterizzata da due differenze che le sono proprie, determinate dal diritto romano, consacrate dall' antica giurisprudenza francese e conformi alla sana ragione ed al vero spirito delle nuove leggi, 1° in ciò che l' interdetto *de novi operis nunciatione* non può essere più esercitato, dopo che si è lasciato compire la nuova opera senza dolersene; 2° in ciò che, se l' interdetto è stato esercitato prima della fine dell' opera, il suo effetto si limita a farne proibire la continuazione, finchè il giudice del petitorio abbia deciso se il proprietario che ha cominciato l'opera nel suo proprio fondo, ha il dritto di compierla, o si deve distruggerla; quistione che tocca essenzialmente la proprietà e non può divenire l' oggetto di un' azione possessoria »

Atteso che autorizzare in tal caso un giudice di pace a far distruggere opere incominciate, e peggio opere terminate, sarebbe investirlo di una giurisdizione esorbitante che non è nè nella lettera, nè nello spirito delle nuove leggi »

Considerando che nella specie l' attore ha intentato la sua azione dopo compita l'opera, donde siegue che il giudice di pace non poteva accoglierla, ed ha inoltre ecceduto i suoi poteri, ordinando la distruzione de' lavori:

» Attesocchè la sentenza impugnata ha riservato all' attore tutti i suoi dritti nel petitorio:

» *La Corte rigetta il ricorso* » — Merlin, *Quest. de droit*, § VI

vitare parimenti il pericolo ed il danno di una edificazione indebitamente permessa. E perciò dava al giudice del luogo non altra facoltà che la sola d'impedire la progressione de' lavori. Se questi motivi sono quegli stessi che dettarono la riforma, è rincrescevole che l'alta giurisprudenza gli abbia sconosciuti. E se non fossero quelli, serà incerta la ragione della limitazione, ma certa però sempre la limitazione.

201. Io non debbo tacere, che Cesare Marini sostiene la competenza de' giudici di circondario, non solamente per impedire la nuova opera, ma anche per giudicare in possessorio. Tra le ragioni, esposte da quel dotto giureconsulto, vi è quella, che egli desume dal real Decreto de' 29 agosto 1830 » Se a' termini dell' art. 103 n. 4° delle leggi di procedura (egli scrive) in tutti i giudizii di nunciazione di nuova opera, i giudici regii fossero competenti solo ad inibire che si alterasse lo stato attuale delle cose, qual bisogno di limitare le loro facoltà alla semplice inibizione nelle cause di servitù, relative agli edifizii di regio uso, di regio patronato, di regia fondazione ecclesiastica, e sopra case religiose anche in possessorio? E non è forse egli sempre vero che l'eccezione conferma la regola? » *

Senza dubbio l'eccezione conferma la regola. Ma siamo certi che sia quella una eccezione, o piuttosto un' applicazione della regola? In favore di quest' ultimo avviso si può dire che quel Decreto, avendo tolto dalla competenza de' giudici di circondario le azioni di servitù in possessorio, era conveniente spiegare che rimaneva loro la ordinaria facoltà della nunciazione di nuova opera, a solo oggetto d'impedire che si alterasse lo stato attuale delle cose. Daltronde conoscendo già il ministero di giustizia la varietà delle opinioni su questo punto, era prudenza far dichiarare in quel Decreto, fin dove giungesse la competenza de' giudici di circondario, e dove cominciasse quella de' tribunali. Da ultimo è probabile che il legislatore avesse seguito in ciò l'avviso della Consulta generale, che dice avere intesa : Or l'avviso che la Consulta fin dal 1825 era stata incaricata di dare per punto generale su

---

* *Lezioni di diritto civile novissimo*, tomo II. § 81. Napoli 1830, Opera dove tra le svariate cognizioni e la buona critica, riluce lo zelo, di cui l'autore è animato, per la istruzione della gioventù.

la nunciazione di nuova opera, e che rimise poi nel novembre 1831, limita la competenza de' giudici di circondario alla sola inibizione de' lavori. Dunque l'argomento, che si trae da quel Decreto è ambiguo. Di fatti mentre MARINI lo invocava tanto a favore della sua opinione, due magistrati (AMOROSI e MOCCIA) lo citavano per la opinione opposta : e due altri (ROBERTI e OLIVA) senza citarlo, erano di questa medesima opinione.

Io ho cercato di conoscere i motivi, che la Consulta generale allegò in occasione del citato Decreto ; ma tutte le mie diligenze sono state senza effetto.

§ III. *Se per attentare al corso delle acque s' intraprenda un' opera qualunque, l' azione è di nuova opera, ovvero di attentato al corso delle acque?*

202. La soluzione di questa quistione serve non solamente a regolare la competenza del giudice, ma anche il procedimento e gli effetti dell' azione.

L' attentato al corso delle acque si fa presentando loro lateralmente un livello più basso per farle discendere e quindi divertire dal corso naturale. Quel primo incavamento dicesi *incile*, *ex eo dictus quod incidatur : inciditur enim lapis, vel terra, unde primum aqua ex flumine agi possit.* L' incile poi, continuato a lato del fiume, prende il nome generico di canale, di *rivus, qui est locus in longitudinem depressus ex quò aqua decurrat* : e può lastricarsi nel letto ed anche nelle pareti. La imboccatura inferiore dell' incile suole munirsi di un argine ad angolo acuto, per obbligare le acque a divergere; e l' argine entra più o meno nel letto del fiume, onde rinvii all' incile maggior copia di acque. Quell' argine è detto *palizzata* (*septa*), se è formato da più linee di pali fortemente conficcati nel suolo, mettendo tra essi una congerie di fascine, pietre e terra*. Prende poi il nome di *diga*, se è fatto di un muraglione, come nel fiume *Sarno*.

Ora un incile, un canale, incavati semplicemente nel ter-

---

* Queste lucide definizioni appartengono ad *Ulpiano*.

reno, non può ritenersi per nuova opera, a senso del diritto romano, perciocchè ivi si parla di edifizj, di edificazione, cementi, demolizione. E lo stesso potrebbe dirsi di una palizzata. Nè pare che un canale diventasse opera nuova (almeno per la competenza) se vi si aggiunga un lastrico nelle interna sua superficie. Non debbo però tacere che per argomento *e contrario sensu* da una legge antica * si può indurre che un acquidotto a fabbrica, fosse stato suscettibile di nunciazione di nuova opera.

203. Del resto, checche sia del diritto romano, certamente la prammatica del 1738 riguardava una fabbrica; e nell' uso l'impedimento è stato sempre diretto ad opere di fabbrica. È stato il foro presente che ha dato degli esempj di estendere la nunciazione di nuova opera contro l'apertura di un incile, siccome apparisce da alcuni giudicati da me riferiti.

204. Poichè la nuova legge ha distinto la nunciazione di nuova opera dagli attentati al corso delle acque, e poichè nella nunciazione di nuova opera ha limitato la competenza del giudice circondariale al solo oggetto d'impedire, mentre negli attentati al corso delle acque gli ha dato la facoltà di giudicare, mi sembra legittima la conseguenza, che comunque sia fatto l'attentato, sempre dia luogo all' azione sua propria, non già di nunciazione di nuova opera. La legge nel parlare di attentati, non ha determinato il modo come fossero fatti; e quindi ha inteso comprendervi tanto quelli che fossero fatti col solo incavamento del terreno, quanto quelli che fossero fatti a fabbrica o muniti di fabbrica, gli uni non essendo meno attentati che gli altri. Daltronde che un incile, un canale, abbia nude le sue pareti, o le abbia munite di lastrico, non è una ragione da far variare la competenza del giudice: nè mette una differenza negl' interessi del nunciato; che anzi un lastrico può essere utile a lui pure, facendo scorrere meglio le acque, ed impedendo l' allargamento dell' alveo. Similmente la materia di cui è formato l'argine, tiene alla minore o maggiore sua durata e fermezza, non cangia all' attentato la sua natura. Il danno temuto dal vicino sta nella divergenza data alle acque, non nella materia di cui il mezzo

---

* Vedete questa legge nella nota alla pagina 50.

è formato. In somma o la legge non ha tenuti per nuove opere gli attentati al corso delle acque, o quand' anche fossero tali, gli ha sicuramente segregati in questa materia dagli altri, per ciò che riguarda azione, e competenza del giudice.

E la ragione della legge sta, come pare, nel bisogno più urgente delle acque, e quindi della maggiore rapidità di tai giudizj; non che nel danno più lieve della distruzione che dal giudice circondariale possa essere ordinata del mezzo, iniziato o compiuto, dell' attentato, sia incile o canale, sia palizzata o diga.

205. Dunque senza attendere al mezzo che dicasi adoperato per commettere l' attentato al corso delle acque, il giudice del circondario, fermo nell' azione che ne risulta, si occuperà principalmente del fatto, e qualora trovi sussistente l' azione, farà restituire le acque al loro corso naturale, facendo chiudere l' incile, comunque fatto o munito; e facendo scomparire l' argine qualunque che le aveva fatte divergere. Così l' interesse della giustizia è di accordo con l' interesse dell' agricoltura.

Gl' inconvenienti della opposta opinione saranno notati nella terza parte di questo Trattato.

206. Ciò per lo incile, e per la palizzata o diga. La machina idraulica poi ed altre costruzioni subordinate (compreso il canale che fa continuazione con lo incile) non debbono confondersi tra gli attentati al corso delle acque, all' abberrazione delle quali non abbiano materialmente contribuito. Possono rimanere inutili, senza essere vietate. Siegue da ciò che la loro edificazione non può dar luogo ad azione di attentati al corso delle acque.

§ IV. *Può il giudice locale sopra semplice domanda impedire la costruzione dell' opera, ovvero deve far precedere la citazione all' altra parte ?*

207. La quistione è risoluta dal testo dell' art. 103 n° 4°, dove è detto che la citazione debba avere il solo oggetto d' impedire. Dunque per ottenere l'impedimento fa d' uopo di *citazione*; e quindi non può il giudice inibire i lavori sopra

semplice domanda, presentatagli direttamente dall'attore. Non lo può per altra ragione che esporrò nel § seguente.

Ciò che è detto in alcuni arresti (n° 3, 18 e 27), ed è praticato da alcuni giudici di circondario, e di più è approvato da alcuni scrittori (pag. 91, 97 e 102) cioè che per inibire non siavi bisogno di citazione, e che il giudice su la petizione anche verbale dell' attore darà prima una inibizione *provvisionale*, indi udite le parti, la inibizione *diffinitiva*, è preso, come credo, dal diritto romano, dove il Pretore poteva di botto inibire, indi confermare o rivocare la sua inibizione. Ma in questa parte il diritto romano è stato derogato dal diritto nuovo, il quale avendo voluto una citazione, esclude perciò la petizione verbale; e volendo la citazione *ad oggetto d' impedire*, indica chiaramente che la citazione debba precedere la inibizione.

208. Se si opponesse che la inibizione momentanea è consigliata dalla urgenza, risponderei che il giudice ha il mezzo di provvedere alla urgenza, con permettere la citazione non solamente per una udienza straordinaria, ma anche ad ora. Daltronde si evitano due inconvenienti : 1° la probabile rivocazione della inibizione provvisoria, ed i mali che da questa possono nascere : 2° la incertezza dello stato de' lavori nel momento della inibizione provvisoria, donde la occasione di controversia incidente.

§ V. *Prima di accordare o di negare la inibizione, deve il giudice ordinare una perizia, e come eseguirla ?*

209. Io credo necessaria la perizia :

1° perchè senza di essa non si potrebbe conoscere se la domanda d' inibizione incontri uno de' quattro ostacoli indicati nel § seguente, sotto i num. 2°, 3°, 4° e 5°.

2° perchè è indispensabile far costare in quale stato si trovi l' opera nel momento della inibizione accordata, o negata; e ciò sia per giustificare, o per censurare la sentenza del giudice, sia per riconoscere i lavori che fossero fatti dopo la inibizione. Siccome de' lavori, fatti in contravvenzione, la legge ordina la demolizione, senza ammettere alcuna scusa, così lo stato già accertato de' primi lavori indicherà gli altri posteriormente aggiunti, e che debbano demolirsi.

La legge romana ammetteva due mezzi di precauzione, cioè fare avvertire a' testimoni lo stato delle novità, e prenderne de' modelli d' ordine del Pretore (V. l'art. 19). Il Decreto del 1830, riportato pag. 89, *permette* la verificazione dello stato materiale de' fondi sopra da' quali siano avvenute le innovazioni. In verità il mezzo di una pruova per testimoni è sempre di dubbia fede, sia perchè difficilmente ritengono a memoria lo stato preciso delle novità, sia che sono facilmente sedotti a mentire, e danno luogo per le loro varietà ad errore o ad arbitrio. Un esempio ne diede la causa *D'Amico* e *Capozio*, ed un altro la causa *Belgiojoso*. Vedete gli arresti corrispondenti.

210. Nella stessa ordinanza, che permetta la citazione a breve termine, il giudice stante la urgenza nominerà d'officio i periti, ingiungendo loro di trovarsi sopra luogo nell' ora designata. Se poi il giudizio cominciasse con citazione a termine ordinario, non può nominarli che nella prima sentenza.

211. Sopra luogo riceverà il giuramento de' periti, e farà riconoscere lo stato de' luoghi e delle novità, la distanza tra la nuova opera ed il fondo dell' attore. Tutto in un processo verbale, che sarà firmato dai periti, dalle parti se vogliono, dal giudice esuo cancelliere.

212. Ciò fatto, dovrebbe pronunziare sul luogo stesso la sua sentenza; altrimenti se differisse di pronunziare, darebbe luogo alla solita controversia, se i lavori fatti nell' intervallo tra la perizia e la inibizione siano legittimi.

S' intende che l' ordinanza e la sentenza del giudice debbano contenere la clausola della *esecuzione provvisionale*, non ostante opposizione o appello. Ogni ritardo è incompatibile con la natura della nunciazione di nuova opera *.

213. *Quid* se si producesse ricusa di uno o più periti? Credo che non debba impedire il procedimento: finalmente non si tratta che di accertare lo stato attuale delle cose: sarà sempre libero alle parti di domandare presso i giudici del

* Nella causa dell'arresto n. 31, la inibizione che era stata domandata nel 1 luglio 1840, non fu accordata dal giudice, che con sentenza de' 15 marzo dell' anno seguente, cioè dopo otto mesi e mezzo! ritardo riprensibile, che diede luogo a quistioni ed ad esami testimoniali per le novità intermedie.

merito una perizia nelle forme ordinarie. Per contrario è probabilissimo che la ricusa non abbia altro oggetto che di acquistar tempo, per compiere l' opera.

214. Sono della stesso avviso, se la ricusa sia contro dello stesso giudice. Ancorchè si lasciasse all' incidente della ricusa il minimo de' termini prescritti dalla legge, sarebbe sempre lungo per la celerità essenziale alla nunciazione di nuova opera. Quando l' incidente verrà risoluto, l' opera sarebbe già fatta, o assai inoltrata. Se si volesse un articolo, donde desumere la facoltà di procedere non ostante la ricusa, indicherei l' art. 644 proc. civ. ed il titolo *De' giudizj per via di sommaria esposizione*. Siccome la ricusa non potrebbe venire che da parte del novatore, altro non potrebbe temere dal giudice ricusato, se non che la inibizione dell' opera: e questo appunto è l' oggetto della legge, qualunque sia il giudice che lo faccia conseguire; vale a dire la ricusa mancherebbe di oggetto, a meno che fosse quello di evitare così la inibizione.

215. Io ho supposto l'accesso del giudice sul luogo della novità, e la sua presenza nella perizia; perchè credo utilissimo il suo intervento, per contenere i facili trasporti de' contendenti, per evitare la deferenza de' periti, e per acquistare e trasmettere una esatta conoscenza delle cose controverse, ed anche per ciò che dirò nel seguente paragrafo — Il processo verbale che faccia redigere alla sua presenza, vale assai più che una perizia. Non solamente in materia di nunciazione di nuova opera, ma anche in altre materie, il giudice può far notare in un processo verbale (indipendentemente dal rapporto de' periti) una breve descrizione de' luoghi ed il risultato delle operazioni che a domanda delle parti, o di proprio moto abbia fatto eseguire. Ho veduto per esperienza che tal verbale, che i patrocinatori ed i periti non si ricusavano di firmare, perchè conteneva la pura verità, chiudeva l' adito all' intrico. Se nella causa *Belgiojoso* e *Catalano* il giudice nel momento della inibizione avesse verificato lo stato delle novità, non si sarebbe data occasione a posteriori perizie, dispendiosissime e congetturali.

§ VI. ***Può il giudice del circondario dichiarare inammessibile la nunciazione di nuova opera? — Può rigettarla, se trovi la domanda manifestamente ingiusta?***

216. Credo che debba dichiararla inammessibile ne' casi seguenti:

1° se l'attore non è tra le persone alle quali competa quest' azione;

2° se non si tratta di opera infissa sul suolo;

3° se non si cangi la pristina forma del luogo, sia con la edificazione, sia con la demolizione.

4° se si tratta di rifare o di puntellare l'edifizio antico— di rifare o purgare acquidotti o cloache—o in generale di opera urgente dove il ritardo induca pericolo o danno imminente;

5° se l'opera sia già compiuta; *

217. In ciascuno di questi casi mancando la condizione prefissagli dalla legge, per potere impedire, il giudice del circondario deve astenersi d'impedire, vale a dire deve dichiarare inammessibile la domanda d'inibizione; cioè nel primo caso dichiarare, *non competere* all'attore l'azione di nunciazione di nuova opera. Negli altri casi dichiarare, *non esservi luogo* all'azione. La differenza della formola è, che nel primo caso l'ostacolo sta nella persona; nel secondo sta nella cosa.

218. Non così, se trattasi del merito della domanda. Visto che la persona è tra quelle che possono chiedere la inibizione, non può negarla sul motivo che fosse manifestamente ingiusta, perchè egli è chiamato ad impedire, non a giudicare. Si dirà: *ma non giudica, quando ordina la demolizione de' lavori vietati? non giudica, quando dichiara inammessibile l'azione?* — Rispondo: quando fa demolire i lavori che erano stati vietati, non fa che impedire di fatto l'alterazione dello stato delle cose — E quando non ammette l'azione, non fa che riconoscere, che non è il caso della nunciazione di nuova opera, per aver trovato nella persona o nello stato delle cose un ostacolo legale ad accordare la inibizione. Convengo che sia questo un giudizio, ma è superficiale estrinseco, per così dire, non del fondo. Alla fine era necessario dare una norma, onde non impedisse sempre e ad istanza di chiunque. Il giudizio non cade che sull' uso della norma.

* Nella terza parte proporrò un altro caso.

In questo modo, rifletteva il sig. MOCCIA » avrebbe la legge oziosamente richiesto il ministero del giudice. Sarebbe stato sufficiente in tale ipotesi, che avesse accordato la forza dell'interdetto proibitorio alla semplice intima dell'atto di nunciazione » — Il ministero del giudice non è ozioso, è anzi necessario per quello che ho detto e per quello che dirò. Convengo con quel dotto e zelante magistrato, che » se la nuova opera non fosse in alcun modo pregiudizievole al vicino, pare che non dovesse così di leggieri incepparsi l'esercizio de'dritti de' cittadini » Ma tale è la legge: a suo luogo vedremo come si potrebbe migliorarla. Per ora osservo, che se si fosse dato al giudice circondariale la facoltà *di delibare il merito della nunciazione*, non so dove la delibazione si sarebbe fermata.

§ VII. *Il giudice del circondario può nella inibizione comminare una pena al contravventore, e quale? — Giudica per via di ordinanze, o di sentenze?*

219. La prammatica del 1738 comminava l'arresto de'fabbricatori. Spesso i giudici di circondario comminano multe. Io credo che le pene della legge vigente siano

1° la demolizione de' lavori fatti dopo la inibizione;

2° il pagamento de' danni-interessi, se per lo prosieguo de' lavori si fossero cagionati all' altra parte.

In favore della multa si cita l'art. 1113 proc. civ., dove si dà ai tribunali di pronunziare precetti penali nelle cause portate innanzi a loro. Ma siccome abbiamo una legge speciale, che si contenta della demolizione de' nuovi lavori, credo non essere il caso di ricorrere a disposizione generale.

220. Io non veggo perchè qualche giudice, e specialmente in Napoli, giudica per via di ordinanze. La nunciazione di nuova opera è una causa come tutte le cause, notate nell' art. 103 proc. civ., le quali sono decise per sentenze. L' uso delle ordinanze, oltre di essere incompatibile con un giudizio, ha l' inconveniente di non lasciare al giudice ed alla parte contumace il mezzo di riparare in prima istanza ad un mal giudicato. Un altro esempio recentissimo è avvenuto in Napoli nella causa *Mandaliti* e *Cosenza*.

§ VIII. *Può il giudice del circondario pronunziare egli stesso la demolizione de' lavori fatti dopo la inibizione?* Quid, *se la causa sia passata al tribunale?*

221. Abbiam veduto 1° che i tribunali, limitando le facoltà del giudice locale alla sola inibizione dell' opera, gli negano per conseguenza quella di far demolire i lavori aggiunti. 2° che la nostra Corte suprema ha stabilito la stessa teoria in alcuni arresti: nell' arresto n. 8 riconosce nel giudice circondariale la facoltà di far demolire i lavori fatti dopo il divieto: in altri arresti dà ai giudici di circondario la facoltà di ridurre le cose allo stato pristino, non per effetto della nunciazione di nuova opera, ma per effetto dell' azione possessoria—Sotto questo aspetto la demolizione comprende indistintamente tutti i lavori, prima e dopo la inibizione — Nella causa n. 18 la sentenza del tribunale, che aveva inibito tutti i lavori, e per i secondi aveva ordinato una perizia, fu censurata sul motivo che i secondi non essendo stati inibiti dal giudice locale, non poteva conoscerne il tribunale. Ragione che non mi sembra plausibile. Appunto perchè il giudice aveva mancato d' inibirli, perciò la omissione poteva esser supplita dal tribunale. Ma vi è di più: i lavori fatti in contravvenzione si distruggono, non s'inibiscono di nuovo, e quindi non vi era luogo a rinviarne l'esame nel petitorio, come aveva fatto il primo giudice: e bene il tribunale aveva ordinato una perizia per verificare in che consistevano, giacchè su i primi lavori non eravi perizia.

222. In questa oscillazione di giurisprudenza, veggiamo *quid juris*. Non v'ha dubbio, che il Pretore faceva distruggere i lavori vietati, e per lo solo motivo che erano stati vietati: nè v'ha dubbio che quella legge è tuttavia in vigore *; anzi è confer-

* FACHINEI esamina la quistione, se la nunciazione di nuova opera, manifestamente ingiusta, possa impunemente disprezzarsi? E dopo aver confutato gli argomenti di BALDO ed altri che sono per l'affermativa, conchiude che, comunque la inibizione apparisse ingiusta, debba essere rispettata, finchè dal giudice non sia rimessa — *Controv. juris, lib.* X, cap. 44 — Aggiungete che la continuazione della edificazione era tanto meno scusabile per diritto romano, quanto che il Pretore, delibando il merito, poteva toglier subito l' impedimento.

Egli risolve anche negativamente l' altra quistione, se l' edifizio fatto

mata dalla nuova legge. La opinione che rimette alla prudenza del giudice di mitigare il rigore della legge , oltre di essere arbitraria e di favorire l' arbitrio , darebbe al novatore un' altro incitamento a non curare la inibizione , su la fiducia di procurarsi la impunità dalla deferenza de' periti , o dalla indulgenza del giudice. Per contrario la certezza che i lavori , fatti in contravvenzione, non possano evitar mai la demolizione, è il freno più efficace a non farli Quindi credo non doversi adottare l' avviso del sig. *Oliva*. Qualunque sia il pericolo o danno , che possa venire dalla demolizione, è imputabile al novatore pertinace che poteva e doveva evitarlo» Importa (dice l' *avviso consultivo*) al rispetto dovuto all' Autorità che ha fatto la inibizione, che i suoi ordini non siano impunemente violati , e che con effetto venga demolito tutto ciò che in disprezzo della sua ordinanza siasi innovato » — Dello stesso parere fu ROBERTI , e MOCCIA. Aggiungo che importa anche alle parti , ed all' ordine pubblico la pronta demolizione. La dispettosa continuazione de' lavori , se si lasci impunita , può dar luogo a violenze private. Dunque la quistione si riduce a vedere chi debba ordinare la demolizione, se il giudice circondariale , ovvero il tribunale. Io sono pel giudice circondariale per le seguenti ragioni :

1° Quali sono le funzioni del giudice locale ? impedire che si alteri lo stato attuale delle cose , cioè quello stato in cui si ritrovano nel momento della inibizione. Ora egli protegge appunto quello stato, quando fa demolire ciò che lo abbia alterato. Perchè è incaricato a custodire lo stato attuale , perciò deve fare scomparire la innovazione fatta contro lo stato attuale. L' ordine d' impedire contiene virtualmente la facoltà di far rispettare l' impedimento — Sarebbe inconseguente la legge, se avesse ridotto l' impedimento ad uno sterile precetto, senza dargli la forza a renderlo efficace.

2° Per ordinare la demolizione de' lavori aggiunti dopo il divieto, basta la sola pruova generica de' medesimi : la legge esclude espressamente ogni esame sul diritto delle parti; non

---

in disprezzo della inibizione, debba essere demolito, ancorchè il novatore sia stato sollecito a contestare la causa nel merito ?

Chi non conosce i forensi, si meraviglierebbe, come queste cose, risolute da testi espressi di legge, siensi messe in dubbio.

ammette alcuna scusa. Non vi è dunque ragione di togliere tale facoltà al giudice locale, e riservarla al tribunale.

3° Che anzi vi sono ragioni a lasciarla al giudice del luogo, ed a negarla al tribunale; cioè la opportunità nella parte a saper subito le novità, ed a denunziarle; nel giudice a verificarle, intese le parti, ed a farle distruggere — gli effetti salutari della prontezza e della certezza della pena, e del vendicato rispetto all' ordine del magistrato — Nell' inverso di questi vantaggi stanno i mali della contraria opinione, e specialmente il tempo lasciato alla continuazione de' lavori, la non difficile tolleranza de' medesimi sino all' esito del giudizio, ed il rancore più forte nella tardiva loro demolizione.

223 Il passaggio della causa nel tribunale, in due modi può essere accaduto: 1° se siasi appellato dalla sentenza che ha inibito i primi lavori: 2° se siasi istituito giudizio petitorio.

Nel primo caso, si potrebbe dire, che devoluta la causa al giudice di appello, sia cessata la giurisdizione del primo giudice; tanto più che essendo in quistione se debba o no rivocarsi la inibizione de' primi lavori, sia immatura insieme ed imprudente la demolizione de' secondi. Ma queste objezioni non hanno, a mio avviso, che una ragionevolezza apparente. L' appello in tal caso non è sospensivo, e quindi la inibizione, avvalorata da clausola provvisionale, dev' essere eseguita. Se fosse altrimenti, basterebbe appellare, per continuare impunemente l' opera. La demolizione de' lavori vietati non dipende dal vedere se bene o male erano stati inibiti, giacchè anche nel caso che la inibizione si trovasse ingiusta, doveva essere intanto rispettata: la demolizione è la pena del disprezzo del divieto, ed è affatto indipendente dal merito della inibizione, o sia dal giudizio che i giudici di appello daranno della inibizione. Quindi non si potrebbe altrimenti evitare la demolizione de' lavori fatti in contravvenzione, se non presentando la sentenza del tribunale, la quale anteriormente aveva già rimessa la inibizione.

224 *Quid* se la rimessione fosse posteriore ai lavori da demolirsi? A rigore di diritto, debbono demolirsi; ma se per equità il giudice si permettesse di lasciarli stare, dovrebbe sempre condannare il novatore contumace alle spese ed ai

danni-interessi che per avventura avesse cagionati all' attore.

225 Se poi la causa sia passata al tribunale per lo giudizio petitorio, la competenza del giudice circondariale per la demolizione de' lavori fatti dopo il divieto, è così evidente che io mi astengo di giustificarla. Non devo però omettere, che *Henrion de Pansey*, già presidente della Corte di cassazione di Francia, fu di avviso che se la nuova opera s' intraprenda in pendenza del giudizio petitorio presso il tribunale di prima istanza o anche presso la Corte reale, il giudice del merito è parimente giudice dell' incidente : opinione che è stata vittoriosamente combattuta da *Merlin* nell' ultima edizione delle sue opere *, riportando a favore della competenza del giudice di pace due arresti di quella Corte di cassazione, l'uno del 7 agosto 1817 sotto la Presidenza dello stesso *Henrion de Pansey*, l' altro del 28 giugno 1825.

§ IX. *Il precetto di mantenere le cose nello stato attuale ha qualche eccezione? — Può permettersi talvolta di continuare i lavori sotto cauzione?*

226 Il precetto di mantenere le cose nello stato attuale ha una eccezione nella necessità, cioè quando non si può senza danno o pericolo lasciare i lavori nello stato attuale; cicchè trova un appoggio nella legge antica e nella nuova **. Questo caso può verificarsi, sia che la novità consista in edificare, sia in demolire. Allora il giudice dopo aver fatto descrivere lo stato, in cui abbia trovato i lavori, ed il danno o pericolo che sarebbe risultato se fossero lasciati così, ordinerà e farà eseguire, su l' avviso de' periti, quelle operazioni provvisorie che sono comandate dalla urgenza — A ciò intese alludere *l' avviso consultivo*, quando diceva :

» Che qualora le novità intraprese minacciano un danno alle fabbriche su cui è caduta la inibizione, o abbiano immutato lo stato delle cose in modo che siano necessarie delle provvidenze urgenti, è autorizzato il giudice stesso a darle,

* *Questions de droit-Denonc. de nouv. oevre* § IV — Bruxelles 1828
** L. 5, § 12, h. t. — L. 1 et passim, D. *de damno infecto* — Art. 22 n° 3° l. organ. e 103. n° 5° proc. civ. — Art. 644 proc. civ.

e di far demolire anche quello che si trova innovato prima della inibizione, o una parte di esso, se l' urgenza lo richiegga. »

Siccome la urgente necessità è il solo titolo che autorizza tali provvidenze, così il giudice del circondario deve contenersi in ciò che sia assolutamente necessario per preservare dal danno o dal pericolo, sia con aggiungere alle fabbriche sia con detrarre. E tra questi due mezzi opposti, se fossero ugualmente praticabili, ogni ragion vuole che si attenga al mezzo che conserva lo stato attuale, anzi che a quello che lo distrugga.

È chiaro, che ciò non riguarda affatto quella parte di lavori, che fosse fatta dopo la inibizione, e che dev' essere assolutamente demolita.

227. In quanto alla continuazione de' lavori sotto cauzione, io credo che non possa permettersi dal giudice del circondario, perchè egli essendo chiamato solamente a mantenere lo stato attuale, mancherebbe di facoltà a farlo progredire. Il tribunale poi in grado di appello, non ha più facoltà che il giudice di prima istanza. Nè sarebbe prudenza di far continuare un' opera, ordinariamente dispendiosa, nel dubbio che dovesse poi demolirsi. Pare che a questa opinione inclinava l' avvocato gen. ROBERTI. Io rinvio in lettore alle sagge ragioni, che furono allegate nell' *avviso consultivo*, onde non si ammettesse affatto il proseguimento dell' opera per mezzo di una cauzione, pag. 101.

§ X. *Nelle materie previste dal real Decreto de' 29 agosto 1830, il giudice del circondario è competente ad inibire la nuova opera?*

228. Io non avrei proposto questa quistione, se non fosse stata risoluta negativamente dal tribunale civ. di Napoli. Ad istanza del *Conservatorio di S. Pietro e Paolo*, il giudice del circondario *Stella* aveva con sua *ordinanza* inibito la nuova opera che si faceva dal sig. MANSELLA. Il tribunale sull' appello di costui, rivocò l' ordinanza, per lo motivo che ai termini del citato real Decreto la competenza è del tribunale, e che il giudice del circondario non poteva far altro se non che

verificare lo stato materiale de' luoghi — Sentenza del 27 settembre 1844, 4ª Camera.

Ma oltre della verificazione dello stato materiale de' luoghi, che ai termini dell' art. 5 è nella facoltà delle parti di domandare o no, apparisce chiarissimamente dal precedente art. 4, che i giudici di circondario procedono per la inibizione dell' opera: i tribunali poi sul *diritto* della nunciazione. Ciocchè, secondo la mia opinione, è conforme alla disposizione generale, contenuta nel n° 4° dell' art. 103 proc. civ. *Cui bono* avrebbe prescritto il Decreto, che le denunzie di nunciazioni di nuova opera dovessero farsi innanzi a' giudici di circondario, se questi non potessero pronunziare la inibizione? *Cui bono* distinguere la competenza de' giudici di circondario da quella de' tribunali? La sentenza dunque del tribunale è contro la lettera del Decreto. È anche contro il suo spirito, perchè in materie, che han richiamato una particolare considerazione del legislatore, sarebbe negato il beneficio, generalmente dato, di un pronto impedimento della novità.

§ XI. *Se per esercitare una servitù fosse necessaria la nuova opera, potrebbe esser questa inibita, prima del giudizio possessoriale di servitù?*

229. Il sig. Oliva, che propone questa quistione, dice che » l' impedimento non potrebbe *definitivamente* accordarsi, che dopo aver esaurito il giudizio possessoriale di servitù, e del modo di usarne. In caso contrario i giudizj possessoriali delle servitù rimarrebbero accorciati e snaturati, giacchè la maggior parte delle servitù si esercita con mezzi che esigono costruzioni e lavori, e l' impedimento alla costruzione del mezzo, affin di usare della servitù: così in una servitù di passaggio di acqua non più si esaminerebbe lo stato possessivo di essa, ma la novità fatta tra l' anno nel mezzo ad esercitarla, ed impedito questo mezzo, rimarrebbe esaurita l' azione possessoria, e privata della reintegranda »

Permetterà quel dotto scrittore, che io esponga qualche dubbio sopra al suo avviso:

1° L' impedimento de' lavori non può esser mai rimesso al tempo che fosse esaurito il giudizio possessoriale di servitù.

È della natura del nunciazione di precedere sempre al giudizio, e d'impedire intanto l'opera, o che si abbia o non si abbia diritto a farla. Dunque l'impedimento temporaneo, *donec de jure constiterit*, è indispensabile. Se poi l'autore intende parlare dell'impedimento *diffinitivo*, è giusto che questo dipenda dal giudizio sul merito.

2° Del resto o la costruzione è nuova, ovvero è ristaurazione dell'antica. Se è nuova, niun appoggio può sperare il novatore dal giudizio possessorio, il quale anzi sarebbe contrario alla novità. Se poi non si tratta che di ristaurare l'opera antica, come un' acquidotto a fabbrica, in tal caso cessa per testo espresso di legge, la nunciazione di nuova opera; e quindi il giudice del circondario dichiarerà non essere il caso della nunciazione di nuova opera, e quindi essere inammessibile la domanda d'inibizione. Vedete l'art. 100 di questo *Trattato*.

§ XII. *Ha luogo la nunciazione di nuova opera nelle servitù, che per diritto antico potevano stabilirsi col possesso, e che non possono per diritto nuovo?*

230. In generale per tali servitù il possesso nuovo, disgiunto dall'antico, non vale, art. 612 leg. civ. Affinchè dunque l'azione possessoria potesse avere un risultato, si dovrebbe provar prima il possesso antico, indi il possesso nuovo; vale a dire dovrebbe stabilirsi prima il diritto alla servitù, ciocchè è fuori della competenza del giudice del circondario. La indipendenza che l'arresto n° 2 attribuisce al possesso annale, dal possesso antico costitutivo del diritto, è contro la legge, perchè non altrimenti si può ora possedere senza titoto quella specie di servitù, se non perchè erasi posseduta un tempo: e quindi il possesso antico è la condizione, *sine qua non*, del possesso nuovo; e perchè nel caso opposto si ammetterebbero col fatto, almeno temporaneamente, quelle servitù, per le quali la legge vuole assolutamente il titolo.

Se poi per dette servitù s' istituisca nunciazione di nuova opera, parrebbe che per la stessa ragione dovesse essere negato l'impedimento. Ma il giudice del circondario non potendo conoscere del diritto, e se la servitù sia stabilita sopra

titolo, o sopra possesso equivalente, deve limitarsi al solo impedimento. Convengo che così *s' inceppano i diritti de' cittadini*, come osservava Moccia; ma è questo un inconveniente della legge, di cui a suo luogo proporrò un rimedio.

§ XIII. *Se nel corso della nunciazione di nuova opera si elevi conflitto di giurisdizioni, ed il novatore prosiegua i lavori, si può ordinarne la demolizione, e da quale autorità?*

231. Ai termini del Decreto de' 16 settembre 1810 » il conflitto fra le autorità giudiziarie e le amministrative sospende il corso dell' una e dell' altra sino alla decisione del Re — La sospensione fa rimanere le cose nello stato in cui esse trovansi nel momento in cui il conflitto è notificato. Ogni fatto dopo notificato il conflitto è nullo insanabilmente »

Ma mentre le due autorità, che si disputano la giurisdizione dell' affare controverso, ed aspettano la risoluzione sovrana, non può esser permesso ad alcuna delle parti di profittare della loro inazione, per commettere un attentato. Che anzi l' attentato non solamente è vietato, ma è dichiarato nullo insanabilmente. Il dubbio dunque è ridotto a vedere, quale delle due autorità debba reprimerlo. Non essendovi alcuna legge che lo risolva, siamo astretti a ricorrere per analogia a qualche disposizione generale. Non v' ha dubbio che per regola la nunciazione di nuova opera appartenga al potere giudiziario, e quindi nel dubbio, la *competenza provvisionale* dovrebbe risolversi per la regola piuttosto che per la eccezione. Ma quand' anche il giudice del circondario fosse incompetente, è però chiamato ne' casi urgenti a prendere delle misure provvisorie, art. 644 prec. civ. Dunque, credo che il giudice locale debba conoscere delle novità, che si facessero durante il conflitto, cioè verificarle, e ridurle allo stato in cui erano al momento della notificazione del conflitto. Conviene però che per mezzo del Procuratore del Re si dia all' autorità amministrativa comunicazione dell'attentato e di ciò che siasi fatto per reprimerlo. Anzi sarebbe meglio prevenirnela; essendo ciò non solamente convenevole all' armonia che deve mantenersi tra le autorità, ma anche allo spirito del citato Decreto.

232. Il tribunale civ. di Terra di lavoro, ha dichiarato com-

petente il giudice del circondario: ha ordinato una perizia « per verificare lo stato attuale delle cose, tanto a riguardo delle machine, quanto delle fabbriche e del corso delle acque, con precisare, per quanto è possibile, le opere fatte dopo l'elevato conflitto, e quali gli effetti che producono » Ha ordinato un esame di testimoni per provare, quali siano le opere fatte posteriormente a quelle esistenti all' epoca dello elevato conflitto — Ha rinviato le parti allo stesso giudice, tanto per raccogliere la pruova testimoniale, che per le ulteriori provvidenze di giustizia *.

Per motivi di tale sentenza il tribunale ha detto (ed ha detto bene), essere nella lettera e nello spirito del Decreto che non solamente gli atti della civile processura, ma anche le cose debbano rimanere nello stato in cui erano all' epoca del conflitto. Ha soggiunto poi » che la inibizione, di cui parla il Decreto, supplisce nella specie della nunciazione di nuova opera a quella inibizione che avrebbe potuto pronunziare il magistrato per lo disposto dell' art. 103 delle leggi di rito— Che le novità fatte in disprezzo della inibizione della legge costituiscono un attentato, che da luogo ad un secondo giudizio possessorio di turbativa, regolato dall' art. 127, e che non ha niente di comune col precedente giudizio di nunciazione di nuova opera »

233. Mi pare, che il tribunale abbia troncato, in vece di sciogliere, il nodo. La quistione era, se in pendenza del conflitto, poteva l' autorità *giudiziaria* conoscere dell' attentato che si diceva commesso. Il tribunale senza incaricarsi di ciò, ha col fatto ritenuto la competenza dell' autorità giudiziaria.

Manca poi di ogni appoggio la considerazione del tribunale, che sia questo un *nuovo giudizio possessorio*, regolato dall' art. 127, ed indipendente dal giudizio di nunciazione di nuova opera. Non è, a mio avviso, che un incidente del primo giudizio e del conflitto. Se fosse un nuovo giudizio possessorio, dovrebbe subire le pruove del possesso annale, mentre ora non si tratta che di verificare semplicemente la innovazione fatta dopo il conflitto: la demolizione dell' inno-

* Sentenza del 12 febbrajo 1845, seconda Camera, tra *Salvi* e *Salvi*.

vato non sarebbe l'effetto del possesso, ma della nuda inibizione.

234. Può dirsi lo stesso, quando per esecuzione del Decreto de'30 settembre 1843 (pag. 89) la costruzione sia stata impedita con ordinanza amministrativa dal comandante di una piazza di guerra, forte o castello? Io credo che dopo la elevazione del conflitto appartenga allo stesso comandante di formare il verbale della trasgressione. Il sindaco come giudice del contenzioso amministrativo, ordinerà la demolizione di ciò che siasi fatto in contravvenzione della inibizione, e condannerà il contravventore alla multa: Il merito poi della prima novità è riservato al giudice che nella risoluzione del conflitto sarà dichiarato competente.

§. XIV. *La efficacia della inibizione da qual tempo comincia?*

235. Dalla citazione, ha detto l'arresto n° 20. L'oggetto è di non tener conto del compimento dato all'opera nell'intervallo tra la citazione e la inibizione; altrimenti cesserebbe la nunciazione di nuova opera, e si dovrebbe passare ad altra azione. Ma a questa opinione resistono: 1° la natura della nunciazione di nuova opera, la quale sorprende le opere che trova imperfette, non le compiute; è assurdo ordinare che non si prosiegua ciò che già è finito; 2° il testo della nuova legge che, a differenza dall'antica, fa dipendere, non dalla parte, ma dal giudice la inibizione; 3° la pena della demolizione di ciò che si faccia *dopo* la inibizione; lo che importa che resta fuori della sua efficacia ciò che si era fatto *prima*.

L'editto Pretorio, citato nell'arresto, gli è anzi contrario, perciocchè l'atto del nunciante era per se stesso una inibizione, mentre oggi non è che una domanda per ottenerla. L'analogia poi che si prende dagli art. 1093, 2151 e 2152, oltre che non potrebbe distruggere testi positivi di legge, non sussiste per differenza patente di dati. Da ultimo dall'art. 103 n° 4° non discende (come si pretende) che la citazione importi impedimento, ma che con la citazione si deve domandarlo.

Ciò per diritto. Nel fatto ricordo che fu questo un *nodo Gordiano;* e fu sciolto, dopo dieci anni! come il *nodo Gordiano! Discite justitiam moniti.*

PARTE III.

DELLA NUNCIAZIONE DI NUOVA OPERA, QUALE POTREBBE ESSERE.

SEZIONE I.

Inconvenienti della legge e giurisprudenza attuale.

236. La conoscenza degl' inconvenienti della giurisprudenza presente ci avverte di ciò che bisogna evitare, e di ciò che bisogna fare. Dallo stesso titolo della nunciazione di nuova opera, io prendo l' esempio normale della riforma della legge. Si reputa nuova quell' opera che si fa, *aut aedificando*, *aut detrahendo*. E bene togliendo da questi due mezzi l' alternativa, ed invertendoli, *detrahendo et aedificando*, cercherò di proporre le basi della nuova legge su la nunciazione di nuova opera.

Le cagioni, per quanto mi pare, degl' inconvenienti sono: la dipendenza dal diritto romano — una parziale indipendenza dal diritto romano — la dipendenza dalla giurisprudenza francese — la confusione delle azioni — il tenore delle nuove leggi — il numero, le fasi e la durata de' giudizj — la persona del giudice — la necessità d' impedire e la impossibilità di conoscere — la necessità di demolire, e la ripugnanza a demolire — Percorriamoli brevemente.

§ I. *Inconvenienti per la dipendenza dal diritto romano.*

237. Siccome la nuova legge non ha dato regole per la nunciazione di nuova opera, così per la legge de' 21 maggio 1819 dobbiamo ricercarle nelle leggi antiche, cioè nel diritto romano. Abbiamo nel Digesto il titolo *De novi operis nunciatione*, ed un altro nel Codice. Ma oltre le teorie che sono in questi due titoli, ve ne ha molte altre, come abbiam veduto, nel Digesto, nel Codice, nelle Instituzioni, e qualcuna nelle Novelle, le quali hanno rapporto, più o meno stretto, con la materia. Di tutte le regole, alcune sono abrogate, o modificate da leggi posteriori, romane o patrie, alcune dall' uso.

La maggior parte delle regole sono prese da comenti degli antichi giureconsulti, e specialmente di ULPIANO, elevate poi a leggi da GIUSTINIANO. Esse consistendo in frammenti, che furono staccati da ampj trattati che più non esistono, debbono essere necessariamente monchi per la scienza, ed essere oscuri.

Qualche oscurità deve trovarsi ancora ne' rescritti degl'imperatori, sia perchè ci lasciano ignorare le circostanze de' casi a cui si riferiscono, sia per la non piena conoscenza del diritto pubblico di quei tempi, e dell' ordine de' giudizj.

Quest' ultima osservazione può applicarsi anche a qualche legge imperiale.

È poi naturale, che tra quegli elementi s' incontri non di raro antinomia, non che difficoltà a interpetrarli o a conciliarli coi nostri principj.

Se voi riunite insieme tutti quei pezzi legislativi, come io ho fatto, e qualche altro che probabilmente mi sarà sfuggito, avrete una congerie di materiali, che han bisogno di una mente, la quale esamini, confronti, ammetta, rigetti, modifichi, supplisca, ordini, componga. Ora questa è l' opera del legislatore, non del giudice. Si è abbandonato agli artisti ciò che era riservato all' architetto Donde doveva inevitabilmente seguire tanta varietà di opinioni e di giudizj: donde quella indebita applicazione di antiche teorie, o abrogate o incompatibili con la nuova legislazione: donde quella confusione di rapporti degl' interdetti *Quod vi aut clam*, e dell' *Uti possidetis* con la nunciazione di nuova opera, e con l'azione possessoria del diritto nuovo: donde quelle escursioni ad altri interdetti sopra materie speciali, e ad altre teorie non confacenti alla nunciazione di nuova opera.

§ II. *Inconvenienti per una parziale indipendenza dal diritto romano*

238. I. La cieca inibizione dell' opera era presso i romani controbilanciata: 1°. dal giuramento, allora rispettato, di calunnia; 2° dalla facilità di far togliere l' impedimento dal Pretore; 3° o di toglierlo la parte medesima mediante cauzione; 4° dalla prevenzione che doveva darsi dell' opera al vicino,

a pena della immediata demolizione per l' interdetto *Quod clam ;* 5° dalla facoltà data al vicino di prevenire l'incominciamento dell' opera , ed a vicenda dalla facoltà data all' altra parte di prevenire l' impedimento; 6° da ciò che dirò ne' seguenti §§ VI e VII.

Io non entro a vedere , se fosse stato utile o no di conservare presso di noi quelle disposizioni. Dico solamente che desse facevano un nesso con le altre disposizioni , che sono state conservate; e che l' avere rotto quel nesso doveva produrre degl' inconvenienti , nè vi si è riparato.

239. II. È proprio della giurisprudenza romana di offrirvi per la stessa cosa un buon numero di mezzi giudiziarj (azioni), e in buona parte obbliqui. Non era però indifferente usar l' uno piuttosto che l' altro ; che anzi con uno si poteva conseguire ciò , che con altro mezzo vi sarebbe stato negato. Noi ne abbiamo notato alcuni esempj , cui sarebbe facile aumentare.

Lo spirito della nuova legislazione e del secolo aborre dalle sottigliezze romane , e dalla frazione infinitesimale delle loro azioni. In vece di tanti sentieri , tortuosi e pericolosi ancora , noi vogliamo correre per una sola strada , retta e consolare. Parrebbe dunque che quei sentieri fossero chiusi , o almeno abbandonati. Ma in ciò poi trovate delle difficoltà nella giurisprudenza francese, ed anche nella nazionale. Chi vi dice, che uno de' sentieri antichi (*Quod vi aut clam*) non è altro che un ramo della nuova strada (*complainte*) , anzi la stessa cosa. Altri che l' *Uti possidetis* è lo stesso che la *complainte.* Alcuni gridano che la via *Quod vi aut clam* è aperta come prima , e rimprovverano coloro che la vogliono chiusa. Altri non mettono differenza che voi prendiate una via tortuosa , o la via retta : che anzi possiate prendere simultaneamente l' una e l' altra via — Fossero almeno innocenti queste illusioni ! Infelicemente dopo i mali della incertezza del procedimento , vi espongono ai mali del corso antico e del nuovo.

§ III. ***Inconvenienti per la dipendenza dalla giurisprudenza francese — Osservazioni su la nuova legge francese e belgica — legge di Friburgo — legge di Toscana.***

240. I francesi nel riformare la loro legislazione, obbliarono la nunciazione di nuova opera. Si avvidero poi del vuoto, e pensarono a ripararlo; ma in quanto al mezzo non furono d'accordo. Alcuni credevano, che la nunciazione di nuova opera stesse compresa tra le azioni possessorie; e per trovarvela, si valsero dell'argomento de' matematici: *Quae eidem sunt aequalia, sunt inter se aequalia*, peccando però nell'applicare la prima parte di questo assioma *.

Altri, persuasi che nell'azione possessoria non vi era nè poteva esservi compresa la nunciazione di nuova opera, affermavano che questa non era stata abolita.

Altri poi ritenendola come abolita sotto il nome antico di nunciazione di nuova opera, la riproducevano, sotto il nome nuovo di azione *incidente o provvisionale*, in tutti i giudizj, sia possessorio, sia petitorio; e quindi la mettevano a disposizione tanto de' giudici di pace, quanto de' tribunali, e fin anche del presidente del tribunale di prima istanza.

Da ultimo alcuni, indignati di tanta varietà di opinioni, proponevano proscriversi pur anche il nome di nunciazione di nuova opera.

241. Ora tra la legge francese che era perfettamente muta su la nunciazione di nuova opera, e la nostra legge che ne parla, non può esservi alcun rapporto; come non ve n'è tra il nulla e qualche cosa; e per conseguenza nè anche tra la giurisprudenza francese e la nostra. Di tutte quelle opinioni (a parte l'ultima di proscrizione) niuna poteva servir di norma presso di noi, perciocchè, oltre la differenza fondamentale, sono appoggiate o sopra ipotesi, o sopra equazioni inesatte, o so-

---

* L'*Uti possidetis* è uguale alla nunciazione di nuova opera;
L'azione possessoria è uguale all'*Uti possidetis*;
Dunque l'azione possessoria è uguale alla nunciazione di nuova opera.
Lo stesso argomento ripetevano per l'interdetto *Quod vi aut clam*, mettendolo in luogo dell'*Uti possidetis*.
Io credo aver dimostrato non essere esatta nè la prima nè la seconda equazione, e quindi esser falsa la conseguenza.

pra misure conciliative della nunciazione di nuova opera con la loro azione possessoria, o con l'antica giurisprudenza — Quei ritrovati, simili presso a poco agli euremi pretorj, avendo per cagione la mancanza della nunciazione di nuova opera, ed il bisogno di un equivalente, erano manifestamente inopportuni per noi che abbiamo l'originale, comunque egli fosse. Perduto il mezzo diretto d'impedire i lavori, ricorrevano all'*Uti possidetis*, all'interdetto *Quod vi aut clam*, alla domanda *incidente o provvisionale*, come rimedj momentanei in luogo della sparita nunciazione di nuova opera. L'azione possessoria poi era il rimedio ordinario, di efficacia men pronta, contro l'opera che aveva turbato il possesso del vicino. Per contrario noi che siamo fuori di quelle angustie, siamo parimenti non bisognosi di quei rimedj. Dunque a dati disuguali, mal a proposito si è presa e si prende norma dalla giurisprudenza francese. E mi fa meraviglia, come non siasi avvertita in ciò la differenza evidentissima delle due legislazioni. Mi fa meraviglia come due *avvocati generali* presso la nostra Corte suprema, e tutti due molto versati nelle tre legislazioni, romana, francese e patria, siansi abbandonati alle autorità di scrittori francesi, mentre il linguaggio delle nostre leggi organica e di rito, ed il silenzio della legge francese, rendevano inapplicabili per lo meno ai nostri giudizj quelle estere opinioni.

242. Finalmente il governo francese, vista la varietà delle opinioni, propose e sanzionò la legge che ho riportato sotto l'art. 162. E l'esempio è stato seguito nel Belgio. Ma si sono contentati semplicemente di ristabilire *il nome* della nunciazione di nuova opera, e di annoverarla tra le azioni possessorie di competenza de' giudici di pace. Due cose io osservo:

1° Dopo la quistione se la nunciazione di nuova opera fosse un' azione *sui generis*, ovvero una delle specie dell'azione possessoria, era utile darle un carattere separato. E veramente ella non ha la natura nè le condizioni di azione possessoria *. La maggior parte delle controversie in Francia e tra noi, è venuta da che è stata collocata e confusa tra le specie dell'a-

* V. l'art. 156 di questo Trattato.

zione possessoria. Talvolta il sito di un articolo dà o toglie la occasione di disputare.

2° Era necessario di fondere nella nuova legge tutte le regole della nunciazione di nuova opera ; anche perchè il governo e le camere sapevano che gli scrittori ed i tribunali erano in ciò discordi. E di fatti anche dopo quella legge, uno de' rinomati scrittori francesi ha emesso delle opinioni , che non sapreste a quale legislazione riferire.

Queste osservazioni sono applicabili alla *reintegranda* , e sono comuni alla legge belgica.

243. Secondo la legge di *Friburgo* (pag. 75) l' azione possessoria porta *ipso jure*, durante la lite, la inibizione di un' opera nuova , o la sospensione della demolizione di un' opera antica. Così il vicino non è obbligato di cercare al giudice l' ordine di sospensione, perciocchè è compreso di diritto nella notificazione della sua azione possessoria. Ma quel divieto astratto , non essendo seguito da descrizione dello stato dell' opera che si sta elevando , o distruggendo , lascia aperta la occasione di continuare la costruzione o demolizione , e quindi l' adito a controversia incidente. La legge di *Fiburgo* suppone molta docilità in una materia che ne ha dato dovunque rari esempj.

244. Ecco in breve la legge di Toscana :

Sulla domanda motivata di *chiunque* crede essere pregiudicato da una fabbrica o altra nuova opera, *il tribunale* del luogo ordina la inibitoria che vien notificata all' edificante e suoi operaj, con la penale della demolizione e della cattura— Tra 15 giorni il nunciante deve produrre i documenti e le pruove de' motivi della inibitoria, e citare l' intimato a comparire fra otto giorni per la conferma della stessa — Se l'intimato si oponga , si procede come in giudizio sommario , ferma stante la inibitoria fino all' esito del giudizio. L' appello dalla sentenza diffinitiva è sospensivo, purchè sia prodotto tra dieci giorni dalla notificazione.

Se pendente il giudizio in prima istanza o in appello , si proseguisse l' opera, il nunciante offerendone la pruova , anche per testimoni se occorra , può domandare che lo stato del fondo sia ripristinato , com' era al momento della notificazione del precetto inibitorio. Il tribunale, sospendendo la causa del merito, giudicherà dell' incidente. Questa sentenza

non sarà appellabile, se non dopo la diffinitiva, ed insieme con l'appello dalla diffinitiva; ed il giudizio sul merito resta sospeso, finchè il novatore non avrà giustificato di avere eseguito la sentenza su l'incidente. Le spese e i danni e pregiudizj sofferti dall'intimato per gli attentati dopo la inibitoria, resteranno a tutto carico di lui, quand'anche vincesse nel merito della nunciazione.

Si può accordare per mera equità la facoltà di proseguire i lavori, incominciati prima della inibitoria, e di non demolire quelli dopo la inibitoria, purchè concorrano questi estremi: 1° che si tratti di danno grave e irriparabile; 2° che la continuazione de' lavori si limiti al solo necessario per evitare un danno grave e irriparabile; 3° che il novatore dia idonea cauzione. La sentenza sopra quest'altro incidente non sarà appellabile che dopo la diffinitiva, ed unitamente coll'appello dalla medesima *.

Quantunque la legge di Toscana non sia perfetta, è sempre però migliore della francese, della belgica, della legge di Friburgo, e della nostra, perchè contiene almeno un regolamento, ed un regolamento indipendente.

§ IV. *Inconvenienti per la confusione delle azioni di attentato al corso delle acque con la nunciazione di nuova opera, e con l'azione possessoria.*

245. Ne' fondi rustici la più frequente occasione di liti è per attentati al corso delle acque. La statistica del foro fa conoscere, che le liti sono meno per la irrigazione o custodia de' fondi, che per le machine idrauliche, e specialmente per mulini. E sono per lo più i baroni che le promuovono, onde sostenersi indirettamente nella privativa che perderono nell'abolizione della feudalità. Il governo che vigilava tanto alla esecuzione di quella legge salutare, vidde le tergiversazioni baronali, e cercò arrestarle con una istruzione legislativa del 13

---

* *Regolam. di proc. civ. — Parte* II, tit. II. *Dei giudizj di violata inibitoria, e d'attentati*, art. 523 a 538.

settembre 1809 *. Ma per cagioni che non è quì opportuno di esporre, le tergiversazioni sono continuate, anzi con più ardire e successo. Il rimedio della nunciazione di nuova opera, dato per proteggere i diritti, è adoperato sovente per mantenere gli abusi. Il foro poi, in vece di occuparsi dell' oggetto della legge, cioè di giudicare al più presto degli attentati (ordinariamente mentiti) al corso delle acque, si lascia intrattenere, e lungamente intrattenere nelle disputazioni, quale sia il vero carattere dell' azione, se di turbativa di possesso, o di nunciazione di nuova opera, o di attentato al corso delle acque. Quindi nelle controversie su le acque, ora vi ravvisa un' azione di turbativa, a cui *per incidente* vede congiunta la nunciazione di nuova opera (arresto n° 10) — ora una nunciazione di nuova opera per turbativa ad una sorgiva d' acqua (n° 25) — ora un innesto dell' attentato al corso delle acque con la nunciazione di nuova opera (n° 17) — ora il concorso della nunciàzione di nuova opera con l'attentato al corso delle acque (n° 19) — ora un' azione complessiva di attentato e di nunciazione, ridotta poi alla sola nunciazione (n° 31)—ora il triplice concorso di turbativa, di nunciazione, e di attentato (n° 21) — ed in fine escludendo (nella stessa causa!) la turbativa e l' attentato, si è fatta rimaner sola la nunciazione di nuova opera (ivi).

E siccome il sofisma deve condurre a contraddizione o inconseguenza, mentre non si è trovato luogo a deliberare su gli attentati alle acque, si vuol sapere, se le opere (cioè gli attentati alle acque) recassero pregiudizio e quale ai mulini, pag. 109 n° 21. Di più questa interlocutoria va al merito— dell' attentato, o della nuova opera ? Se dell' attentato, si cade in altra contraddizione. Se della nuova opera, si trasforma il giudizio di semplice inibizione in giudizio petitorio : e di più il giudizio petitorio va deciso dal tribunale in secondo grado di giurisdizione (senza il primo), mentre non poteva conoscerne che in prima istanza, e quando fosse adito in prima istanza.

---

* Ho stimato di riportarla in fine del Trattato, giacchè non è a tutti nota, nè è compresa nella utile *Raccolta delle leggi decreti e ministeriali su l' abolizione della feudalità e divisione de' demanj*, per cura di Giacinto de Rensis — Campobasso 1842.

Così il foro ora traveste l'azione da nunciazione di nuova opera, ora la presenta in forma di attentato. Se l'anno è scorso per lo sperimento dell'azione di attentato al c rso delle acque, ma il canale non sia interamente lastricato, è aperta nondimeno al barone la nunciazione di nuova opera, per impedire che il mulino altrui sia animato (n° 17). E se per l'opposto l'incile e la palizzata sono compiuti, ma l'anno non sia decorso, cessa la competenza del giudice del circondario, come giudice nella nunciazione di nuova opera, non cessa come giudice dell'attentato.

Quid se l'attore per cautela avesse cumulato l'una e l'altra azione? La cautela fu convertita a suo danno, giacchè un'azione consumò l'altra; fu deciso: non aver luogo l'azione per attentato, perchè l'azione fu ridotta alla sola nunciazione di nuova opera; non aver luogo la nunciazione di nuova opera, perchè l'opera era compiuta (n° 31).

Questo scambio di azioni fa perdere alla legge il suo oggetto. Quando l'azione di attentato al corso delle acque è trasformata in nunciazione di nuova opera, il giudice del circondario, che dalla legge è chiamato a reprimere l'attentato, non può farlo, perchè qualunque fosse il mezzo diversivo delle acque, sarebbe sempre una nuova opera, nella quale egli inibisce, non restituisce.

E se il nudo canale e la palizzata non costituiscono una nuova opera, e la costituissero in vece il lastricamento del canale o la diga a fabbrica, i novatori per evitare l'impedimento, non mancherebbero di attenersi al primo mezzo, studiando di renderlo durevole quanto si può.

Il risultato finale di queste ambagi è il prolungamento del giudizio. Dopo impedito un acquidotto, per sapere soltanto il nome dell'azione, cioè la ragione dell'impedimento, dieci anni di lite! tre volte in Corte suprema! Intanto continua di fatto la *privativa* feudale: colui che ha osato di romperla, o stanco per dispendj e per amarezze, abbandonerà le opere intraprese, ovvero se avrà la pazienza di aspettare, ed avrà la fortuna di vedere animato finalmente il suo mulino, gli costerà ben caro la vittoria. Al sig. CATALANO (n° 17) l'impresa del mulino costò la vita, come scriveva l'avvocato de' suoi figli minori sig. CONZO, ora degno presidente di tribunale civile.

§ V. *Inconvenienti dal tenore delle nuove leggi.*

246. La riforma, che nella nostra legge di procedura fu fatta su la nunciazione di nuova opera, ebbe senza dubbio il plausibile oggetto di mettere un limite alla competenza del giudice circondariale, e di rimuovere le occasioni di contendere. Ma sia per inavvertenza, sia per la opinione che la nunciazione di nuova opera fosse un' azione possessoria, collocarono e confusero quella breve riforma tra le azioni possessorie. Il sito della legge ed il suo laconismo furono i primi addentellati, a cui gl' interpetri si arrampicarono, per violare il limite, ed estendere la competenza del giudice circondariale. Vi si aggiunsero poi gli esempj, tuttocche inapplicabili, della giurisprudenza francese, le rimembranze degli antichi interdetti, le analogie, le equazioni, e le vaghe invocazioni di giustizia naturale e d' interesse pubblico; e così il limite è stato rimosso dall' alta giurisprudenza.

Il Decreto del 1830, pag. 88, nel riservare a' tribunali civili i giudizj *sul diritto* della nunciazione, e sulle *azioni possessorie che ne dipendono*, ha dato occasione a dubitare, se così applicava la regola messa nell'art. 103 n° 4° del rito, ovvero faceva una eccezione *.

Aggiungo, che il Decreto avendo in ultimo luogo parlato delle azioni possessorie *dipendenti* dal giudizio *sul diritto* della nunciazione, sembra aver dato ai giudizj ed alla competenza quest' ordine — giudizio di semplice inibizione, al giudice del circondario — giudizio petitorio, al tribunale — giudizio di azioni possessorie *dipendenti dal petitorio*, come di servitù, attentati ec., al tribunale. Altrimenti se intendeva ammettere tra la inibizione ed il petitorio l'azione possessoria, per far demolire o conservare provvisopriamente i lavori, l' avrebbe indicata prima del giudizio *sul diritto*, nè l' avrebbe fatta dipendere dal giudizio *sul diritto*, cioè dal petitorio. Nondimeno è notevole, che la Corte suprema non si è occupata mai della influenza di tal Decreto su la interpetrazione della legge di rito.

---

* Vedete l' art. 201 pag. 132.

§ VI. *Inconvenienti per lo numero, fasi e durata de' giudizj*

247. Secondo l'alta giurisprudenza, la nunciazione di nuova opera può avere tre giudizj diversi, e ciascuno di tre stadj:

Giudizio per semplice inibizione: primo stadio, di prima istanza presso il giudice del circondario — secondo stadio, di appello presso il tribunale civile — terzo stadio, di censura presso la Corte suprema di giustizia.

Giudizio possessorio: 1° stadio, giudice del circondario— 2° stadio, tribunale civile — 3° stadio, Corte suprema.

Giudizio petitorio: 1° stadio, tribunale civile — 2° stadio, Gran Corte civile — 3° stadio, Corte suprema.

In tutti questi giudizj, suppongo che finiscano col rigetto del ricorso. Ma se la Corte suprema annullasse la sentenza o decisione, resa in grado di appello, allora il giudizio continuerà in grado di rinvio; indi potrà di nuovo esser portato alla Corte suprema; e se questa annullasse di nuovo, si aprirebbe il giudizio di secondo rinvio; dopo del quale si dà forse luogo a dubbio di legge.

Nel fatto il maggior numero degli arresti sono stati per lo annullamento, e quindi han fatto ricominciare dal secondo stadio il giudizio.

248. Nelle cause di inibizione, o di turbativa per effetto di nuova opera, si osserva una divergenza pressochè costante tra la Corte suprema e i tribunali — qualchè varietà tra i tribunali e i giudici di circondario. Per la semplice inibizione tutti i giudici sono di accordo, ma non convengono nel modo, nel tempo, e nelle conseguenze. La discordanza più forte è su la latitudine della competenza de' giudici circondariali. Quindi l'evento di una causa cangia spesso col cangiamento del giudice, passando dal giudice del circondario al tribunale; dal tribunale alla Corte suprema: le fasi più frequenti avvengono nel secondo passaggio. Così dopo la inibizione di lavori incominciati, può presentarsi al popolo lo spettacolo, legalmente ordinato, della elevazione di un'edifizio, e poi della sua demolizione; o lo spettacolo inverso della demolizione di un edifizio, e poi della sua ricostruzione.

249. Che il giudizio di semplice inibizione fosse terminato

presso del giudice del circondario, non abbiamo che un caso solo (n. 33)

presso del tribunale civile, niun caso, per quanto io sappia;

presso la Corte suprema, pochi casi.

Quindi la durata del giudizio di semplice inibizione non è nè può esser breve. Dagli esempj, che ho riferito, apparisce che la durata delle cause è stata ordinariamente da sopra li due anni sino a dieci. Anzi la causa *Belgiojoso*, cominciata nel 1831, decisa col terzo arresto del 1041, pende tuttavia per la esecuzione di altra perizia; vale a dire sono già *quattordici anni*, e non ancora si può sapere se la inibizione debba essere confermata o rimessa. E se al giudizio d'inibizione avesse dovuto seguire il giudizio possessorio ?. . . E se al possessorio il petitorio ?. . . La causa sarebbe trasmessa come fedecommesso graduale agli eredi.

250. La durata nasce 1° da varietà di massime, e la varietà di massime da mancanza di una legge provvida, e da altre cagioni; 2° dall'uso, e dall'abuso d'interlocuzioni *; 3° dalla trisezione della materia; 4° dal numero de' gravami, cresciuto generalmente per note cagioni, e specialmente nella nunciazione di nuova opera.

251. La legge di Toscana dà saggi provvedimenti, perchè le sentenze sugl'incidenti siano assolutamente eseguite; le appellazioni dalle medesime sono vietate, onde non arrestino il corso del giudizio diffinitivo.

---

* Nell'azione possessoria, innestata alla nunciazione di nuova opera, l'uso di una interlocutoria è necessario per verificare il possesso e la turbativa. La mancanza poi di uno stato descrittivo de' lavori incominciati porta il bisogno colposo di supplirvi (malamente) per mezzo di testimoni o di periti, e talvolta per ambedue questi mezzi, come si ordinò nella causa n° 31. Tre perizie sono state ordinate finora nella causa *Belgiojoso*: la seconda fu per sapere, se i lavori (intrapresi da cinque anni prima) erano compiuti o no nel tempo della inibizione; e per periti furono spediti da Napoli alla provincia di Basilicata a circa *centoventi* miglia di distanza, tre de' primarj architetti, i quali nelle loro *congetture* furono anche discordi. Il tribunale uscì d'imbarazzo, appigliandosi ad un giudicato che disse aver trovato nell'insieme delle considerazioni e del dispositivo di altra sentenza. Ed i motivi non abbastanza esatti dell'ultimo arresto n° 22, fan sospettare, che si volle dare un termine a quell'incidente, di tanto dispendio ed inquietezza per le parti.

§ VII. *Inconvenienti dalla persona del giudice.*

252. Presso i romani era il Pretore che confermava o rimoveva la inibizione della nuova opera, e che adoperava, secondo i casi, uno degl' interdetti che erano a sua disposizione, per far subito demolire i lavori, che fossero fatti in contravvenzione. Era il Pretore che dopo avere impedito o permesso la nuova opera, dava egli stesso, se n'era richiesto, alla parte succumbente l' azione ed il giudice per lo giudizio petitorio.

La fierezza di un cittadino romano, la dignità di un Pretore, il modo di eleggerlo, e la severità de' costumi, davano una certa garentia che egli si mantenesse imparziale, e non abusasse del suo potere: e probabilmente non pochi si acchetavano al suo decreto. Si può dire lo stesso di un giudice di circondario? quanta differenza tra il Pretore di Roma, ed un giudice circondariale delle due Sicilie! Io non intendo umiliare i nostri giudici di circondario; ma non debbo tacere, che nel sostituirli in certo modo ai Pretori romani, non si avvertì sulle prime alle differenze politiche e personali: E dopo che si è messo un limite alle loro attribuzioni, veggo che le differenze non sono affatto considerate da coloro, che danno ai giudici di circondario il potere ben pericoloso di far distruggere un' opera. Se v' ha de' giudici di circondario, che sanno contenersi negli stretti limiti del giusto, che resistono allo stimolo naturale (e specialmente se sian giovani) di ostentare il loro potere con l' abbattimento di un edifizio, e che stanno come scoglio contro gli urti di seduzione qualunque (ed io potrei nominarne alcuni), siete voi sicuri che tutti gli altri abbiano la stessa fermezza, ed in una controversia, dove l' accanimento delle parti nulla lascia d' intentato, per sostenersi nel suo assunto?

Trovo provvida in ciò la legge di Toscana, la quale riserva interamente al tribunale il merito della nunciazione di nuova opera.

§ VIII. *Inconvenienti per la necessità d' impedire , e per la impossibilità di conoscere.*

253. La necessità d' impedire viene da due ragioni: 1° si presume che senza il pericolo di un danno o la offesa di un diritto , il nunciante non farebbe istanza per l' impedimento de' lavori; 2° nel dubbio è meglio sospenderli , che lasciarli avanzare per poi distruggerli. Tutte le legislazioni, antiche e nuove , riconoscono il bisogno di una pronta inibizione ; la differenza è solamente nel modo. Così che i francesi , che mancavano del mezzo proprio e legale , finsero , o di non averlo perduto , o che esistesse in alcune misure generali del rito civile. E per renderlo più pronto , un arresto della nostra Corte suprema (n° 20 , pag. 109) andò mendicando dalla legge romana , e dalle nuove leggi civili delle ragioni di analogia. La legge di Toscana , che ha riservato anche la inibitoria al tribunale , ha messo con ciò qualche ritardo, di cui il novatore può profittare. La legge poi di Friburgo è caduta nell' opposto inconveniente di presumerla compresa nell' atto col quale s' istituisce l' azione possessoria.

254. La prontezza dell' impedimento non dà tempo ad esaminarne le ragioni. E l' esame del merito non sarebbe nè anche permesso tra noi al giudice del luogo , per ragione d' incompetenza.

Quindi la legge si trova nelle angustie, di deferire talvolta a dispettosa domanda di possessore vicino , od anche lontano dall' opera incominciata, e di cagionare un danno positivo ed un rancore all' edificante che usa del suo diritto. Per sostenere un' impedimento di mero capriccio , un avvocato , nel farsi una perizia in Campobasso, mi diceva : *se anche la novità fosse distante mezzo miglio, se non altro incomodo mi arrecasse che di togliermi la veduta del campanile di* Ferrazzano *, *il giudice deve nondimeno inibire* » E si faceva forte su l' editto del Pretore: *sive jure sive injuria opus fieret , ut per nunciationem inhiberetur.* Per riparare a questo inconveniente, o per renderlo breve , la prammatica del 1738 richiedeva il preventivo deposito di una somma , ed ingiungeva al nun-

* Paese distante un miglio circa da Campobasso.

ciante il termine di 30 giorni a procurare la perizia, altrimenti la inibizione s'intendeva tolta *ipso jure*. Il diritto romano lasciava allo stesso edificante il mezzo di ripararvi con una cauzione. L' *avviso consultivo* esclude per giusti motivi così il deposito che la cauzione, senza proporre altro rimedio.

§ IX. *Inconvenienti per la necessità di demolire, e per la ripugnanza a demolire.*

255. La necessità di demolire quella parte di lavori che sia stata fatta dopo la inibizione, viene dalla legge, e la legge da sagge considerazioni d'interesse pubblico e privato. Ma se aveste la pazienza di scorrere gli antichi forensi, trovereste tante distinzioni e limitazioni, che lasciavano sterile la pena della legge. Il giudice che cerca un appoggio qualunque, un pretesto per non demolire, lo trova sicuramente in qualche interpetre o in qualche circostanza della causa. È ben difficile, specialmente ne' tempi anteriori alla riforma, trovare un esempio che la legge fosse stata eseguita. I periti poi, così fecondi di sutterfugj, secondano facilmente i desiderj, espressi ed efficaci del novatore, taciti de' giudici. Nel dubbio o nella probabilità, che l' edifizio sia stato senza ragione impedito, e che perciò il nunciato abbia disprezzato l'impedimento, i giudici hanno ripugnanza a farlo *provvisoriamente* demolire; e quindi la domanda di demolizione va facilmente rinviata all' esito del giudizio diffinitivo. Io credo che i giudici di circondario sono in ciò i migliori custodi della legge.

256. Un esempio pubblico della ripugnanza alle demolizioni si è veduto quì in Napoli nella causa del *Conservatorio Costantinopoli* contro *Giannuzzi*. Non ostante che la demolizione dell' ultimo piano del palazzo di *Giannuzzi* fosse stata ordinata, per ragione d'introspetto, da decisione confermata dalla Corte suprema, nondimeno la esecuzione per prudenza del governo fu sospesa, finchè l' affare fu poi composto con vantaggio del Conservatorio *.

---

* In quel giudizio si disputava, se la prammatica *De monialibus* fosse restata abrogata dal codice civ. francese, che fu da noi adottato. Fu deciso negativamente, sul motivo che la servitù d'introspetto fosse com-

257. La legge di Toscana, sia perchè i suoi autori fossero propensi per la equità, sia per la massima che è meglio dispensare, che vanamente proibire, ammette de' temperamenti equitativi alla pena della demolizione. Io non so quali siano stati finora i risultamenti; ma credo difficile che sianvi stati de' casi di demolizione effettiva. Ancorchè la legge avesse apposto delle condizioni alla sua indulgenza, è ben facile di eluderle per mezzo di periti, o della stessa equità a cui si piega anche la legge. Il novatore, che si vede impedito nel suo lavoro dall'emulo vicino, sente troppo gli stimoli a non curare l'impedimento*; ruimur in vetitum*: se vi aggiungete la speranza della impunità, come fa la legge di Toscana, qual altra remora può rattenerlo? Qui la equità sterilisce (come non di raro) la provvidenza della legge *.

SEZIONE II.

Rimedj.

§ I. *Legge unica ed indipendente.*

258. Tutti gl' inconvenienti che ora nascono dall'avere frammenti legislativi sparsi ed incerti, svaniranno, se darete una sola legge compiuta ed indipendente. Prendete dal diritto romano, dal diritto patrio antico e nuovo, dalla giurisprudenza, da leggi estere, tutto ciò che v' ha di meglio. Riunite in unica legge le norme di competenza, di diritto, di procedimento, e le eccezioni ancora: dopo ciò, abolite senza distinzione e senza riserva tutte le leggi e decreti su la nunciazione di nuova opera. Se l'abrogazione sarà non assoluta,

---

presa tra le servitù legali *per la utilità pubblica*, delle quali parla l'articolo 650 cod. civ. (572 leg. civ.) rimettendosi alle leggi e regolamenti particolari. Interpetrazione che non era però senza difficoltà, sia che si stesse alla lettera ed ai motivi dell' art. citato, sia che si confronti con le leggi politiche di quel tempo. La nuova legge (pag. 88) ha tolto il dubbio.

* Vedete nel *Trattato del compromesso di* Nicolini (Cloridoro) § 785 e segu. come insorge contro la equità civile. È onorevole per l'autore, ed è consolante per i popoli, che un giudice abbia scritto contro l'arbitrio de' giudici.

se lascerete un istmo tra il vecchio ed il nuovo, tutto è perduto : gl' interpetri , gli avvocati , i giudici , conciliando, distinguendo , detraendo , aggiungendo , confondendo , non solamente defrauderanno i popoli dell' utile della nuova legge, ma cumuleranno i mali della incertezza e dell' arbitrio.

§. II. *Indipendenza da giurisprudenza estera.*

259. La dipendenza da giurisprudenza estera mi sembra per tutti gli aspetti condannevole :

1° In materia di scienza , convengo che debba accogliersi da qualunque parte venga della Terra. La republica delle lettere è uno stato immenso che non ha limiti, è fuori del dominio della geografia. Per divenirne cittadino , basta essere scienziato. I lumi che alcuno vi apporta, sono comuni a tutti gli uomini , dovunque nati, dovunque nasceranno. Lo spirito nazionale non è riconosciuto nella republica delle lettere. Non così della giurisprudenza. La giurisprudenza ha le sue località, nella sua genesi, nelle sue autorità bibliche, scolastiche e forensi , nella sua logica, negli usi, diritto pubblico, carattere e pregiudizj ancora della nazione.

2° La dipendenza da giuriprudenza estera porta il bisogno di consultare le sorgenti , e quindi di mettere a confronto la specie che fu trattata in quel paese con quella che deve trattarsi tra noi : e siccome non vi è mai o quasi mai perfetta conformità tra una casa e l' altra, così nascono dal confronto perpetue occasioni di contese e di errori — L' errore può dipendere ancora da facile ignoranza dell' ultimo stato delle cose presso l' estero. Non abbiam noi visto la doppia illusione de' francesi di aver trovato nel diritto romano un equivalente alla nunciazione di nuova opera , e nel diritto francese un equivalente all' equivalente romano ? Non abbiam visto quì proposte per norma le illusioni francesi , senza bisogno , e senza avvertire che gli scrittori francesi mancavano allora di una legge su la mataria , e che poi hanno avuta ? — E dopo averla avuta, saremmo a dati legislativi uguali , per dipendere dalla loro giurisprudenza ?

3° Col prender norma da giurisprudenza estera si offende la indipendenza dello stato , la dignità de' magistrati nazio-

nali, la unità delle massime, la istituzione normale della Corte suprema.

4° L'entrata di tanti libri di controversie forensi, oltre di non essere utile alla economia pubblica, apporta gravi danni, alla giustizia per lo scetticismo in cui la involve, e l'ha di fatto involuta *; per le sottigliezze a cui abitua gl'ingegni, in vece di lasciarli meditare su lo spirito delle leggi, e su gl'interessi sociali; e per la inerzia, a cui avvezza i giudici, dispensandoli a pensare con la testa propria.

260. Il rimedio a questo inconveniente sarebbe un forte divieto ai magistrati di dipendere da giurisprudenza estera, con una pena disciplinare, *immancabilmente* applicata. È necessaria la pena, e più l'esempio certo della pena, comunicato a tutti i magistrati, giacchè il divieto esiste da lungo tempo, ma non è rispettato. Fate che i magistrati si mostrino ripugnanti alla giurisprudenza estera, e vedrete mancar mano mano l'entrata di tanti cassoni di forensi, ed i mali che ne dipendono.

Io non debbo tacere che v'ha de' magistrati che non fan conto della giurisprudenza estera, meno per l'antico divieto, che per i loro proprj principj.

§ III. *Segregare dalla nunciazione di nuova opera l'azione di attentati al corso delle acque.*

261. Benchè per sito, e per latitudine di competenza, la legge di rito abbia distinto dalla nunciazione di nuova opera

---

* L'opera di *Dalloz*, come fu annunziata nel Giornale delle due Sicilie del 7 nov. *1843*, contiene *diciassettemila* decisioni! » La giurisprudenza delle decisioni, dice uno scritore, suona dolcemente all'orecchio del giudice. Gli si fa osservare che i suoi predecessori, di gloriosa memoria, hanno in una specie simile a questa, giudicato in questo modo; ed allora il giudice, per lo spirito di corpo o per indolenza, annuisce e risponde: *Amen*! Chi sa mediocremente bene il suo Sirey o il suo Dalloz, è un giureconsulto sufficiente, un Bajardo incapucciato, un avvocato senza paura e senza rimorso » *Livre des orateurs : Bruxelles* 1843; pag. 113.

In una causa di falsità di testamento, un magistrato, il quale era restato indifferente a tutti gli argomenti, che un avvocato fondava su la legge e su la ragione, quando poi udì leggersi un arresto della Corte di cassazione di Parigi, volgendosi all'avvocato gli disse: *avevi un arresto così a proposito, e ti perdevi in argomenti?*

l' azione di attentati al corso delle acque, nondimeno il foro, come abbiam veduto, le ha confuse, o per dir meglio, ha aggiunto all' azione di attentati il beneficio di una pronta inibizione. Così il vicino si conserva, almeno per lungo tempo, l' uso esclusivo delle acque, mentre lo sperimento della sola azione per l' attentato avrebbe presto messo a nudo il merito della sua doglianza. Ma appunto perchè queste doglianze di attentati alle acque muovono ordinariamente da emulazione tra vicini, perciò non debbono godere del favore di una cieca inibizione. D' altronde la costruzione delle opere per divergere le acque lascia al vicino un tempo sufficiente allo sperimento dell' azione propria. La istruzione può ridursi ad una perizia con l' esame di testimoni sopra luogo: anzi de' soli periti, i quali come esperti de' luoghi, dicano qual è, e qual era lo stato della corrente.

262. Aggiungo che de' fiumi non navigabili, ogni cittadino ha l' uso, niuno il possesso, cioè l' uso esclusivo * Quindi il vero attentato al corso delle acque sarebbe, quando alcuno le divergesse in modò da farne un uso esclusivo. Ogni altra diversione sarebbe lecita, ancorchè il vicino venisse a perdere parte dell' utile che prima godeva; altrimenti l' uso si convertirebbe in *privativa*. Ora è ben raro il caso che si divergano le acque al di là della metà dell' alveo, o sia del filone.

Dunque nella riforma della legge su la nunciazione di nuova opera, sarebbe utile dichiarare, che » le disposizioni su la nunciazione di nuova opera non han luogo, ove si tratti di attentati al corso delle acque, ancorchè gli attentati consistessero in nuove opere. »

263. Tra le osservazioni che il Procuratore del Re presso il trib. civ. di Aquila fece ai giudici di circondario col suo uffizio dei 14 nov. 1836, la prima fu su la quasi generale difformità di giudicare in materia di nunciazione di nuova opera, l' ultima fu su la confusione che facevasi di quest' azione con l'azione possessoria, o di attentato al corso delle acque. Mi rincresce aver avuto troppo tardi notizia di quelle osservazioni. Non posso ora dirne

* Art. 463 leg. civ.—Art. 7 leg. 21 marzo 1817—L. 24 D. *de damno infecto.*

altro, se non che in alcune cose ho il bene di trovarmi di accordo con le opinioni di quel buon magistrato, in altre no.

§ IV. *Eliminare nella nunciazione di nuova opera le azioni possessorie.*

264. I motivi, pe' quali credo utile che nella nunciazione di nuova opera siano espressamente eliminate le azioni possessorie, sono i seguenti:

1. L'azione possessoria può nascere da proprietà o da servitù. Nel fatto le cause di nunciazione di nuova opera nascono ordinariamente da servitù. Sono rarissime le cause che vengono da vero attentato alla proprietà, perchè è inverisimile che alcuno, specialmente nello stato presente di civiltà, vada a edificare sopra fondo alieno, contro la propria coscienza ed il suo interesse. La sperienza ha mostrato, che i novatori, cui s'imputava di usurpazione, si sono sempre giustificati con eccezioni di proprietà, o di comunione, o di servitù. Gli scrittori ed i giudici, i quali sostengono l'azione possessoria per reprimere gli attentati (di cui sono allarmati) alla proprietà, mettono in fatto ciò che è in quistione; o meglio, adottano il linguaggio del nunciante senza attenersi alla verità, risultata poi dal giudizio.

Ora nelle servitù discontinue, acquistate sotto le antiche leggi col solo possesso, non può aver luogo l'azione possessoria (pag. 147) E secondo la Corte di cassazione di Francia, nè anche nelle servitù negative, ancorchè acquistate con titolo *, e conseguentemente non avrebbe luogo in tali servitù la nunciazione di nuova opera**. In generale nelle servitù i confini tra il possessorio ed il petitorio sono di difficile determinazione *** donde perpetua occasione di divergenza di opinioni e di giudizj, riconosciuta anche dalla nostra Corte suprema. E se ciò è grave inconveniente nelle azioni possessorie in generale, lo è maggiormente quando l'oggetto è una nuova o-

---

* Questa massima per altro non mi sembra plausibile.

** V. questo tit. nel Dizionario di proc. civ. fatto a Parigi da una società di giureconsulti.

*** V. le mie *Note critiche* al TOULLIER, vol. 1, pag. 155.

pera, la quale potrebbe essere provvisoriamente distrutta.

II. L' effetto dell' azione possessoria negli edifizj è ben diverso da quello che riguarda altri oggetti. Se trattasi di mantenere uno piuttosto che un altro nel possesso di un immobile, la sostanza, che è l' immobile, rimane intera nel giudizio petitorio. Similmente che Tizio sia conservato o no nel possesso di passare pel fondo altrui, o di attingervi dell' acqua, sarà un utile o incomodo temporaneo, il quale può cessare nel giudizio petitorio. Ma se voi con l' azione possessoria fate demolire un edifizio, per quell' edifizio tutto è consumato, possessorio e petitorio. Resterà nel giudizio petitorio l' esame del diritto, non del fatto; così che se permetterete la edificazione, sarà un altro edifizio che farete sorgere in luogo del primo: Quello che era l' oggetto della controversia, è annientato una volta per sempre. In somma l' effetto del possessorio che in altre cose, è temporaneo e riparabile, nella nunciazione di nuova opera è sempre diffinitivo ed irripararabile: ed è tale anche nell' inverso, cioè quando la edificazione sia confermata nel petitorio. Questa importantissima diversità, la quale (per quanto io sappia) non è stata avvertita, poteva presentare un' ostacolo ben forte alla opinione di coloro, che reclamano per la nunciazione di nuova opera lo stesso beneficio del possesso, che è dato per altri oggetti, senza badare che le conseguenze, lungi di essere uguali, sono affatto diverse.

III. A ciò si aggiunge il danno morale. Che uno sia visto coltivare per qualche tempo un fondo, o abitare una casa, è un fatto non permanente, equivoco, non avvertito, o facilmente obbliato. Ma lo spettacolo della distruzione di un edifizio, ed eseguita con apparato giudiziario, arresta i passaggieri, e richiama la loro attenzione e curiosità sul motivo della distruzione. E se poi sia riedificato per effetto di sentenza resa in petitorio, crescerà la sorpresa del pubblico. E siccome il popolo giudica dai fatti, imputerà ad ingiustizia la precedente demolizione, o a favore la edificazione nuova.

E se i giudici trovassero qualche pretesto per non ordinare la demolizione nel giudizio possessorio, o nel petitorio, allora indipendentemente dal danno reale risultante dai gravami e dal loro evento, si verifica altro danno morale, per-

chè i giudici perdono il ritegno ad eludere le leggi, e i popoli perdono la fiducia ne' giudici.

IV. *L' Uti possidetis* de' romani, del quale ho più volte parlato, riguardando il possesso attuale, coincideva presso a poco con lo stato incipiente de' lavori; mentre l' azione possessoria che abbiamo adottato dai francesi, con la sua forza retroattiva fino a poco meno di un anno, può trovare compiuta l' opera, o per lo meno molto avanzati i lavori.

V. Se questi motivi avessero bisogno di autorità, la trovano nel diritto romano, perciocchè dopo essere stata rimessa o confermata la inibizione, si passava allo sperimento delle azioni legittime, cioè al petitorio. La edificazione provvisionale era l' effetto della cauzione, e la cauzione assicurava al nunciante l' evento del petitorio. Ne' *Giustiniano* pensò a frapporvi un giudizio possessorio, come ho fatto osservare, pag. 57.

Presso di noi, dopo la prammatica del 1738, il nunciante, ottenuta la inibizione dell' opera, doveva giustificare in brevissimo tempo (30 giorni) il suo diritto, cioè far riconoscere da uno o più periti » *la sussistenza dell' impedimento, qual termine classo s' intende* ipso jure *tolta la inibizione, senza esservi bisogno di altro decreto* » Ciocchè esclude un giudizio possessorio, il quale avrebbe avuto bisogno di pruova testimoniale. La intrusione dell' azione possessoria tra la inibizione ed il giudizio petitorio, è opera della giuri sprudenza francese.

Nel tenore della legge di Toscana nulla vi è di giudizio possessorio, o che si riferisse al medesimo.

§ V. *Definire in che consista una nuova opera.*

265. *Opus* nel diritto romano era vocabolo generico, esprimente così un' opera che una operazione; così una edificazione, che una demolizione; così una costruzione a fabbrica, che l' atto del *mietere*, del *tagliare* alberi, *potare vigne*. E se queste operazioni furono escluse dall' editto di nunciazione di nuova opera, non fu per ragion di materia, ma perchè non erano fatte nel suolo, l. 1, § 12, D. h. t. — Donde ancora l' ambiguità del *rivus*, cioè di un canale incavato nel terreno, o di un acquidotto a fabbrica: i monumenti super-

stitt e la storia ci han fatto conoscere la magnifica costruzione degli acquidotti romani, ben differenti da un semplice canale. La idea dominante però, attaccata nella nunciazione di nuova opera all' *opus*, era di un' opera a fabbrica. Tal era ancora nel senso della nostra prammatica, come ben si fece osservare nell' *avviso consultivo*, e tal è nel significato comune. Ma secondo il citato *avviso consultivo*, fanno il subjetto dell' azione non so'amente le nuove opere di fabbrica, ma anche altre *edificazioni* infisse al suolo, alludendo, come credo, a qualunque costruzione di altra materia.

Per diritto romano era condizione dell' editto che l' opera fosse fatta nel suolo; ma vi fu appositamente compresa la immissione di travi, ed incidentemente anche uno *sporto*, l. 5, § 8, 9, 10, D. h. t.

Era dubbio poi, se per aver luogo la nunciazione di nuova opera bastasse veder preparati i materiali, ovvero cominciati i lavori.

266. Io credo prudente cosa che la nuova legge facesse cessare gli equivoci e le abiguità. E cominciando dall' ultima, sono di avviso che la sola preparazione di materiali non debba aprire l' azione, perchè essendo dubbio l' uso a cui possano essere destinati, una doglianza prematura può per reazione fare accettare una contesa, che forse si sarebbe evitata, se si fosse aspettato un segno della effettiva destinazione de' materiali. Bisogna un principio di esecuzione. Modifico così, per la legge da farsi, ciò che ho detto su la legge vigente, pag. 10, nota.

Il progresso delle arti ha fatto vedere che si puo avere un' abitazione di legno: un esempio celebre fu l' abitazione, fatta costruire dal ministero inglese al PRIGIONIERE DI S. ELENA, della quale il giovine LAS CASAS ci diede la pianta. La fonderia di ferro ha dato case di lamine di ferro, ed anche un gran palazzo * ad uso pubblico. In vece di tegole per i tetti si comincia ad usare lamine di zinco. Le lamine di ferro o di zinco possono essere adoperate nella costruzione di sporti,

* Ho detto *palazzo*, piuttosto che *edifizio*, perchè quest' ultimo vocabolo risveglia più facilmente la idea che avrei voluto evitare di una *fabbrica*. Bisognerà creare nuovi vocaboli per queste nuove costruzioni, a meno che i *trecentisti* gli trovassero negli *ammaestramenti* di F. *Bartolommeo da S. Concordio*, o di altro antico purista, o piuttosto nel *trattato delle trenta stoltizie* del CAVALCA.

androni, logge, velette, gabinetti ec. In somma si può fare un opera pregiudizievole al vicino, non solo a fabbrica, ma anche di altra materia. La legge deve seguire il progresso delle arti.

§ VI. *Designare le persone alle quali compete la nunciazione di nuova opera, e come essere legittimate.*

267. Il principio normale è: l' interesse è la condizione delle azioni. Dunque deve competere la nunciazione di nuova opera a chiunque vi ha interesse. Vi hanno interesse:

1° Il proprietario, e quindi il padrone diretto, il padrone utile, il colono perpetuo, il possessore legittimo, l' erede putativo, il condomino;
2° Colui che gode di una servitù;
3° Colui che la soffre, se con la nuova opera si renderebbe più dura;
4° Il possessore anticretico;
5° L' usofruttuario;
6° Colui che gode dell' uso;
7° Colui che gode dell' abitazione;
8° Il fittajuolo.

268. Per le persone notate ne' numeri, 1°, 2°, 3°, e 4°, non si fa difficoltà: la difficoltà romana per lo socio è una sottigliezza. Per l' usofruttario io credo che convenga, per rimuovere le ambiguità del diritto romano, dichiarare che gli compete l' azione tanto se la novità si faccia dal proprietario, quanto dal terzo. In questo secondo caso il proprietario sarà citato ad assumere la causa del nunciante, salvo a costui di assistere al giudizio per la conservazione de' proprj diritti. Ma nel caso di collusione del proprietario col novatore, o di negligenza a sostenere la inibizione, potrà l' usofruttuario far valere come avente causa dal proprietario, i diritti di costui.

269. Io credo che debba dirsi lo stesso per colui che ha l' uso, o l' abitazione, e per lo fittajuolo. Il godimento di costoro è senza dubbio più breve e più ristretto: ma a parte il tempo ed i limiti più o meno ampj, resta comune nell' una e nell' altra posizione il godimento. Ora quì si tratta di salvare il godimento, per quanto breve e ristretto egli sia, dalla nuova

opera che l'offende. Dunque nella natura stessa de' diritti di uso, di abitazione, di conduzione, non esiste ostacolo ad esercitare la nunciazione di nuova opera.

Veggiamo se esista ne' rapporti tra il locatore ed il fittajuolo: scelgo il caso della locazione, come quella che offre più difficoltà degli altri titoli di uso, o abitazione. È fuori di dubbio che il fittajuolo ha diritto di godere della cosa nello stato in cui era al tempo della locazione, ed è parimenti indubitato che il locatore ha l'obbligaztone di garentirlo. Dunque se egli stesso gli turbi il godimento con una nuova opera, è ben giusto che sia direttamente impedito a proseguirla, giacchè sarebbe assurdo domandare al novatore una garentia contro lo stesso novatore: e se il beneficio di una pronta inibizione è dato contro del terzo, con più ragione dev' esser dato contro di colui che per contratto è tenuto a nulla innovare.

Se poi la novità venga dal terzo, è certamente dell' interesse del fittajuolo che sia prontamente impedita; e nel dubbio, deve presumersi anche dell' interesse del locatore; altrimenti se si dovesse aspettare il suo consenso, si correrebbe rischio di perdere l' azione per la rapidità che suol mettersi a costruzione, della quale si teme impedimento. Se il locatore, citato ad assumere la causa, l' assuma, tutto va in regola. La difficoltà è se si rifiuti di assumerla, sia perchè reputi mal fondata la domanda del fittajuolo, sia per collusione col novatore.

Nel primo caso, perchè dev' essere impedito al fittajuolo di continuare il giudizio a suo rischio? La costanza del suo proponimento, senza il concorso del locatore, dà una presunzione di buon diritto alla inibizione. Tanto più, se la indolenza o renitenza del locatore venga da collusione col novatore. Il diritto del fittajuolo, acquistato col contratto, non deve soffrire pregiudizio per fatto posteriore del locatore. Se a semplice creditore è dato di sperimentare i diritti del suo debitore, molto più al fittajuolo a cui si trova dato il godimento reale della cosa. Daltronde si offende già il suo diritto, negandogli la facoltà di sperimentarlo, e si può dar braccio forte alla frode; mentre lasciandogli la facoltà di sperimentarlo, il locatore nulla perde, perchè tutto il peso della lite resta a danno del fittajuolo, ed è limitato alla durata del godimento. Nè vale che al fittajuolo sia riservata l' azione

per i danni-interessi contro il locatore renitente : perciocchè è nella sua facoltà , e può essere anche nel suo interesse , sperimentare piuttosto l'azione principale che la subordinata.

E se al fittajuolo compete , come si è deciso, l'azione possessoria , sarebbe questa una ragione di più , per dargli la nunciazione di nuova opera e la facoltà di sostenerla, anche quando il locatore non volesse concorrervi.

270. Convengo che per diritto romano era negata al fittajuolo la nunciazione di nuova opera ; ma trovate in quel diritto de' casi di concessione (al credifore anticretico), e di negazione (all' usofruttuario contro del proprietario) de' quali non si è saputo rendere plausibile ragione , nè relativa , nè assoluta. Certamente il possessore anticretico ha , come il fittajuolo , un possesso precario , e più eventuale nella sua durata , potendo esser più breve del godimento del fittajuolo : e nondimeno gli era data la facoltà d'inibire l' opera. Checchè sia dunque del diritto romano , ora non trattiamo della nunciazione di nuova opera *qual era*, o *qual è* , ma *quale potrebbe essere*. Il fittajuolo ha interesse che durante il suo godimento non si faccia novità ? È utile concedergli il diritto , d'impedirla , e di sostenere l'impedimento di accordo col locatore , o anche in contraddizione di lui ? Ecco i due punti da esaminarsi. In vece dunque di trovare contrario al diritto romano il mio progetto, si vegga se sia contrario alla ragione , alla utilità generale ; giacchè ripeto , si tratta *de lege condenda*, non *de lege condita*.

271. Il codice austriaco dopo aver detto in generale che l'affitto è un contratto di vendita dell' uso , soggiunge che *se il contratto è registrato ne' libri pubblici , il diritto diventa reale* , art. 1094 , 1095 , 1120. Questa disposizione , senz' arrestarsi alla durata del godimento, nè alla sua qualità precaria , considera piuttosto l'interesse del fittajuolo a conservarsi il godimento del fondo , e l'interesse de' terzi a conoscere il vincolo, tuttochè temporaneo , di cui è affetto.

272. Similmente l'eccellente progetto di legge ipotecaria del cantone di Ginevra, tra i diritti ristrittivi della proprietà, soggetti ad iscrizione , mette i contratti scritti di affitto , qualora la loro durata eccede quella dell'affitto verbale, art. 57.

273. Ciò per le persone a cui compete l'azione. Bisogna però che la persona sia legittimata, onde evitare il grave incon-

veniente, che finora si è sofferto quì e altrove * di ammettere CHIUNQUE ad impedire. Il novatore avrà ancora nel documento di legittimazione una certa garentia per i danni-interessi, a cui possa aver diritto nell' esito del giudizio. Credo che la persona possa riputarsi legittimata, se presenti

per la proprietà, il relativo estratto fondiario **

per le servitù convenzionali, la iscrizione nell' uffizio delle ipoteche, o il titolo;

per le servitù legali gli estratti fondiarj del fondo dominante e serviente;

per l'anticresi, usofrutto, uso, abitazione, affitto, il titolo rispettivo.

274. Col decreto del 16 marzo 1835, e con l'altro per Sicilia del 6 marzo 1836, fu data la facoltà di trascrivere nell'uffizio delle ipoteche i titoli delle servitù: e così fù secondato in parte il mio voto, manifestato fin dal 1828, per la pubblicità delle servitù ***. Ma per rendere facili e generali i vantaggi della pubblicità delle servitù, anzi di tutti i diritti reali, fa d' uopo: 1. limitarsi alla semplice iscrizione; 2. renderla necessaria. Si rende necessaria, se si metta per condizione delle azioni che ne dipendono, come quì per ottenere la inibizione della nuova opera.

» NIUN DIRITTO REALE SU GL' IMMOBILI SARA' CONSIDERATO COME TALE, SE NON È RENDUTO PUBBLICO NELLE FORME PRESCRITTE DALLA LEGGE »

Ecco il gran principio proposto in Ginevra, e che dovrebbe essere scritto a lettere d' oro ne' codici di tutte le nazioni.

---

* Vedete la legge romana, pag. 15 e passim — la legge de' bavari, pag. 61 — la legge canonica, pag. 52 — la pramm. del 1738, pag. 67 — la legge francese, pag. 68 — Il regolamento del 1809, ivi — le novelle leggi patrie, pag. 86 a 89 — la legge di Friburgo, pag. 73 — di Francia e del Belgio, pag. 82 e 83 — di Firenze, pag. 156.

** Il fondo nella enfiteusi è intestato al padrone utile, e senza la menzione (che dovrebbe esservi) che il dominio diretto appartiene ad altri. E perciò nel caso raro che la nunciazione di nuova opera fosse fatta dal padrone diretto, dovrebbe egli esibire un documento della enfiteusi.

Se il nunciante venga con la qualità di erede, aggiungerà il documento della qualità.

*** Vedete le mie *Note critiche al Toullier*, vol. 1, pag. 156.

Quante liti sarebbero prevenute! quanti esempj di mala fede risparmiati! In vece di tradurre tanti libri vaporosi che vengono a turbare la ragione e la giustizia, perchè non tradurre quell'aureo progetto? perchè non adattarlo con alcune modificazioni alle nostre circostanze? Da quanto tempo io lo avrei fatto, se non mi fosse mancato il tempo.

275. *Quid* per le servitù antiche, acquistate senza titolo? Non avranno il beneficio della nunciazione di nuova opera, se non dopo che il godente avrà ottenuto un titolo, o per annuenza dell'altra parte, o per sentenza del tribunale, e lo avrà iscritto. Ecco come si costringono le servitù ad uscire alla luce, e come cesseranno per conseguenza le frequenti controversie per le servitù occulte o senza titolo.

276. Per le servitù legali, essendo impossibile avere un titolo, e quindi una iscrizione, è forza contentarsi degli estratti fondiarj. Con questi si dimostra almeno l'interesse presuntivo del nunciante, e la probabilità del danno per la vicinanza dei due fondi. Lo stato descrittivo de' luoghi farà poi conoscere se queste presunzioni hanno consistenza.

In breve non si potrà ottenere la inibizione de' lavori senza un documento di avere un diritto probabile a domandarla. Le inibizioni patentemente dispettose, come per la impedita veduta di un campanile, non avranno più luogo.

§ VII. *Determinare i casi, ne' quali la nunciazione di nuova opera non ha luogo.*

276. Ancorchè il nunciante sia tra le persone alle quali compete la nunciazione di nuova opera, nondimeno può trovare nello stato de' lavori, nella loro natura o urgenza, un ostacolo ad ottenere la loro inibizione. Gli ostacoli sono

1° se l'opera sia già compiuta;

2° se non si cangi la pristina forma del luogo, sia con la edificazione, sia con la demolizione;

3° se si tratta di rifare l'edifizio antico, o fare una scarpa ad edifizio cadente; fare una muraglia per arrestare una frana, o per impedire una inondazione; in somma un' opera urgente, così che se non fosse fatta, o se fosse ritardata, vi sarebbe danno grave, o pericolo.

4° se si tratta di attentati al corso delle acque, ancorchè fatti a fabbrica;

5° se si tratti di tutt'altra opera che di quelle enunciate nel § V. di questa sezione.

Io non riproduco l'altro caso del diritto romano, cioè se l'opera non sia infissa nel suolo, perchè è indifferente che l'opera riposi sul suolo, o sopra edifizio dal quale sporga, o nel quale s'immetta; ed anche perchè non trovate oggi alcuno che pensasse a tenere per nuove opere le operazioni della messe, del taglio di alberi, della potazione delle viti. Daltronde entrerebbero nella categoria delle opere escluse nel n° 5°.

277. Se la inibizione trovasse i lavori in istato da non poter rimanere così, senza grave danno o pericolo, il giudice si regolerà nel modo che ho proposto nell' art. 226, pag. 144. Eseguite però le misure preservative, e descritto lo stato de' lavori sorpresi, e degli aggiunti, inibirà ogni altra novità.

§ VIII. *Competenza del giudice del circondario, e del tribunale civile.*

Dopo tutto ciò che ho detto nella seconda e finora nella terza parte, è facile conoscere le mie idee su la competenza del giudice del circondario. Mi limito perciò ad accennarle:

278 Le attribuzioni del giudice del circondario sono: riconoscere

1° se l'azione sia realmente di nunciazione di nuova opera;

2° se l'attore sia tra le persone alle quali compete quest' azione;

3° se abbia legittimata la sua persona.

Concorrendo queste tre condizioni, riconoscerà lo stato delle novità. Se queste siano tra quelle previste nei numeri 1°, 2° e 3° dell' art. 276 *, dichiarerà *non aver luogo la domandata inibizione dell' opera* (V. l'art. 217 pag. 139.)

* Perchè non vi ho compreso gli altri casi previsti dai numeri 4. e 5. dell' art. 276? perchè sono compresi nell' esame preliminare, se l'azione sia realmente di nunciazione di nuova opera. È probabile che la semplice esposizione delle cose, fatta dall' attore nella sua domanda, pro-

279. Nel caso opposto, e salvo ciò che è stato previsto dall' art. 277, ordinerà *non proseguirsi i lavori, sotto pena della demolizione e de' danni-interessi, finchè il tribunale civile giudichi nel merito.*

280. Se non ostante la inibizione, i lavori fossero continuati, il giudice dopo aver verificato, intese le parti, i lavori aggiunti, ordinerà che le cose siano restituite allo stato in cui erano al tempo della inibizione, e condannerà il novatore ai danni-interessi ed alle spese; e ciò quand' anche la causa fosse passata nel tribunale civile.

281. Il tribunale civile della provincia rivedrà in grado di appello le sentenze del giudice del circondario.

Dunque la competenza del giudice del circondario è: *riconoscere — impedire* — e se occorra, *restituire.*

La competenza del tribunale è *rivedere*, se n' è richiesto.

SEZIONE III.

Procedimento — Mezzi da renderlo piu' breve.

282. Distrigata la nunciazione di nuova opera da altre azioni, che ora la divergono dal suo corso, ora l' arrestano, sempre l' allontanano dalla sua meta; e non ammesse ad intentarla se non le persone le quali offrano una probabilità del loro diritto, già per la sola rimozione degli ostacoli deve ella guadagnar tempo, ed una certa fiducia di sollecito risultamento. Altra rapidità può avere dal suo nuovo procedimento.

Tolto di mezzo il giudizio possessorio, due soli giudizj possono aver luogo nella intrapresa di nuova opera, il primo di inibizione provvisionale, il secondo della sua conferma o rimozione diffinitiva. La nunciazione di nuova opera si limita al provvisorio: il diffinitivo o sia il petitorio appartiene ad altre azioni. Quindi il procedimento di cui conviene intrattenerci, è per la inibizione provvisionale, e toccando appena la introduzione del giudizio petitorio, ed il successivo ricorso alla Corte suprema.

---

senti elementi sufficienti da distinguere la vera natura dell' azione; altrimenti questo esame sarà fatto dopo verificato lo stato de' luoghi.

§ I. *Procedimento per la provvisoria inibizione di nuova opera.*

283. Il principio normale di quest' azione è senza dubbio la rapidità del procedimento. Sarà rapido, riducendo gli atti, le forme, le dilazioni, i termini, i gravami. La riduzione si otterrà coi mezzi seguenti:

1° Unire nella prima ordinanza di assegnazione la nomina de' periti e la disposizione dell' accesso del giudice;

2° Unire in un solo verbale il giuramento de' periti, i rilievi delle parti, e lo stato descrittivo de' luoghi.

Se alcuno de' periti mancasse, pronta surrogazione di altro; e se non si potesse avere nel momento, adoperare un solo perito, facendo di tutto menzione nel verbale.

3° Non dar luogo a riunione di contumacia — non arrestarsi ad eccezione dilatoria qualunque del novatore, nè a ricusa di periti, o del giudice stesso — La comunicazione de' documenti darsi sopra luogo.

4° Dispensare provvisoriamente gli atti dalla registrazione, e dalla spedizione le sentenze.

5° Dichiarare esecutorie, non ostante opposizione o appello, la ordinanza e la sentenza su le eccezioni del convenuto.

Idem per la sentenza che inibisce l' opera.

6° Delle sentenze anteriori alla diffinitiva non esser necessaria la notificazione, ancorchè il convenuto non fosse presente.

Esser sufficiente la pubblicazione della sentenza che inibisce i lavori, per riputarsi conosciuta dal convenuto e da suoi operaj ed assistenti. Ma il termine ad appellare non comincerà a decorrere che dal giorno che sarà notificata.

7° Dalla ordinanza e sentenze del giudice del circondario, non permettere che un solo appello, dopo la sentenza diffinitiva, ed unitamente all' appello dalla medesima, dichiarando *come non esistenti* gli appelli prematuri.

8° Tale appello dovere interporsi nel termine di dieci giorni dalla notificazione.

9° Il procedimento in grado di appello essere come di causa urgente, e senza riunione di contumacia, o opposizione.

10° Le suddette disposizioni essere applicabili al caso che i lavori fossero continuati, non ostante la inibizione, tranne la seconda parte dèl num° 5°. In vece dichiarare che la sen-

tenza, la quale ordini la demolizione de' lavori continuati non ostante la inibizione, non sarà eseguita se non dopo scorso il termine a produrre appello, nè sia stato prodotto.

11° Se nel caso del num° precedente sia stato prodotto appello, il tribunale, sospendendo di pronunziare sul merito della sentenza di inibizione, giudicherà preventivamente dell' incidente su la demolizione.

Il giudizio su la inibizione non sarà ripigliato, se non dopo che il novatore avrà documentato di avere eseguito la decisione pronunziata su la demolizione.

Le spese e i danni sofferti dal novatore per la purgazione degli attentati commessi dopo la inibitoria, resteranno a tutto carico di lui, quand' anche vincesse nel merito della inibizione.

12° In materia di nunciazione di nuova opera e suoi incidenti, le sentenze pronunziate dal tribunale civile in grado di appello, non sono suscettibili di ricorso per ritrattazione, nè di ricorso per annullamento alla Corte suprema di giustizia.

284. La ragione generale delle disposioni succennate è la urgenza. Di alcune mi trovo di aver dato ragione particolare nella seconda Parte, Sezione III. Aggiungo qui poche cose:

La perizia e l'accesso sono indispensabili, qualunque fosse la eccezione del convenuto: quindi se si differisse ad ordinarli nella udienza destinata nell'assegnazione, ne verrebbe l'inconvenionte di dar tempo al novatore a continuare i lavori.

La esclusione della riunione di contumacia trova un'appoggio anche nel diritto romano, il quale permetteva procedersi con un solo de' condomini, pag. 12.

Se da una banda si presume nota al novatore la inibizione per la sola pubblicazione della sentenza, onde si astenga immantinenti dall'opera, dall' altra bisogna dargli gli elementi a poter deliberare ed a prepararsi per l'appello. Questa è la ragione delle differenti disposizioni del secondo comma del num. 6.

Della finale disposizione del num. 7. vedete la ragione nel mio *Discorso su le sentenze interlocutorie*. Le altre disposizioni del numero 7, non che quelle d' numeri 8.°, 11.° e del principio del numero 10, sono state da me prese dalla legge di iFrenze— Per quello che riguarda attentati dopo la inibizione, lo stesso presso a poco era prescritto dal Codice di proc. civ.

dato nel 1817 da Pio VII., indi abolito. Se non che *in vista di particolari circostanze, e specialmente per evitare ti circuiti inani*, si permetteva al tribunale sospendere gli effetti della condanna per l' attentato, sino all' esito del giudizio principale, ed allora si terrebbero a calcolo; art. 616 a 624 — Credo preferibile in ciò la legge di Firenze. Al novatore pertinace niuna indulgenza, niuna tregua. Queste speranze, quando la legge fa nascerle o le nutrisce, sono incitamenti a commettere gli attentati. V. ciò che ho detto pag. 166.

Il progetto poi di non ammettere ricorso alla Corte suprema, ha bisogno di particolare giustificazione; ciocchè farò nel seguente paragrafo.

§ II. *Se contro le decisioni * del tribunale civile in materia di nunciazione di nuova opera, sia utile negare il ricorso alla Corte suprema di giustizia?*

285. Se le mie osservazioni sopra il principio fondamentale dell' alta giurisprudenza non abbiano vizio logico-legale, nella interpetrazione o nell' applicazione della legge (di che ad altri il giudizio), sembra difficile riconoscere in materia di nuova opera la utilità de' ricorsi per annullamento. Convengo che la utilità deve cercarsi nell' interesse della legge; ma in fine nell' interesse della legge, per quanto si tenga sublime ed astratto, deve star sempre l' interesse generale de' cittadini. Ora come i cittadini possono trovare il loro utile in una giurisprudenza la quale lascia cause urgenti in una lunga incertezza? la quale non fa docili gl' ingegni, perchè non persuade? Dunque a prender norma dalla esperienza, il gravame alla Corte suprema non è utile.

286. Consideriamolo ora secondo i limiti, da me riconosciuti nella legge vigente, e che credo poter meglio raffermarsi nella legge nuova. Io voglio fare una concessione generosa: supponghiamo, che dopo aver limitato con termini positivi la competenza del giudice del circondario, si conservasse la censura della Corte suprema sulle decisioni de tribunali in

* Io le chiamo *decisioni*, per distinguerle col solo vocabolo dalle sentenze. Il nome di sentenza dovrebbe riservarsi al giudizio dato in prima istanza da qualunque giudice.

materia di nunciazione di nuova opera. E di più, che nell' esercizio della censura, le massime della Corte suprema saranno le vere, e che l' abberazione fosse da parte de' giudici inferiori. E bene, anche in questa supposizione, credo utile soprimere i ricorsi alla Corte suprema. Di che si tratta nella nunciazione di nuova opera? di far sospendere *provvisoriamente* i lavori, finchè il giudice del merito vegga, se il novatore abbia diritto o no di edificare. Ora quale difficoltà di abbandonare interamente questo esame ai tribunali civili? Non è vero nè verisimile, che i tribunali errino *tutti e sempre* ne' loro giudizj; è probabile in vece che l' errore sia avvertito, e quindi abbandonato: ma quand' anche si verificasse la strana ipotesi contraria, è da vedersi, quale sia più grave, il male o il rimedio. Fingete che il giudice del circondario ed il tribunale, abbiano concordemente ammesso allo sperimento dell' azione una persona, a cui non competeva, o vice versa. Fingete ancora che abbiano inibito un lavoro che si doveva non inibire (giacchè a questi tre casi è limitato secondo me il giudizio di inibizione) qual' è il danno che ne risulterebbe nel primo e nel terzo caso? il danno della sospensione de' lavori, finchè sia esaminata la ragione dell' impedimento: danno relativamente non grave, che si può rendere più breve, e sempre ripararsi.

287. Per contrario se lasciate che la Corte suprema continui ad ingerirsi ne' giudizj d' inibizione provvisionale, ne risulteranno i mali seguenti:

1° La sospensione che sarebbe durata poco tempo, durerà più anni, e con esso le spese e gli odj delle liti, e qualche distrazione di capitali, della industria, e delle cure della educazione domestica; e tutto ciò senza uscire dal provvisorio.

2° Nel caso che l' opera era di quelle che per la loro urgenza o natura erano esenti da inibizione, e che sia annullata la decisione che le aveva inibite, ammettiamo le ipotesi non facili a verificarsi, cioè che il tribunale di rinvio sia docile alla norma datagli dalla Corte suprema, e non vi siano altre falsi da temere, cioè non vi sia ricorso dalla parte del nunciante, o essendovi ricorso, non vi sia altro arresto di annullamento per motivi di rito o per motivi sopravvenuti: il risultamento finale sarà la permissione di continuare i lavori. Ora il tempo decorso per ottenerla è in controsenso della na-

tura urgente de' lavori, e de' motivi pe' quali è stata accordata. Allora la urgenza dev' essere cessata, o riparato altrimenti il bisogno. La medicina arriva, quando l' infermo è morto, o quando è guarito altrimenti.

3° E se avesse luogo poi l' azione possessoria, il tempo sarebbe più lungo, più lunghi i mali delle liti, e scandalosi gli spettacoli alternati della distruzione e della riedificazione dell' opera.

288. Nel caso poi (ed è il secondo de' tre casi previsti di sopra) cioè che i giudici del merito non ammettano ad impedire la nuova opera una persona che ne aveva il diritto, e lo aveva giustificato (caso di difficile verificazione) gl' inconvenienti, saranno due: 1° il rischio di far demolire in giudizio petitorio l' opera che si avrebbe dovuto impedire nel suo cominciamento; 2° l' incomodo intermedio del nunciante. Ma questi inconvenienti si eviterebbero forse, se si lasciasse aperto il ricorso alla Corte suprema? No certamente, perchè il ricorso non importando sospensione della decisione, si avrà tempo sufficiente a continuare l' opera finchè la Corte suprema non annulli la decisione, e finchè non giudichi il tribunale a cui è rinviata la causa. Ora mettendo in equazione i dati della prima ipotesi e quelli della seconda, e cancellando di quà e di là i dati uguali, resteranno nella seconda i mali de' giudizj intermedj presso la Corte suprema e presso i giudici di rinvio.

In somma in un giudizio, dove la utilità maggiore sta nella celerità a risolverlo, può e deve omettersi un gravame straordinarie, intrinsicamente lento nel suo corso, di risultamento tardo e (ciò che è più) incerto. Nel provvisorio non deve cercarsi la regolarità del diffinitivo. Deve condonarsi qualche cosa al provvisorio, perchè provvisorio.

§ III. *Procedimento per lo giudizio petitorio.*

289. Dopo avere accordato al nunciante la inibizione de' lavori, dopo aver dato tanta rapidità a questo giudizio provvisionale, è ben giusto che si esamini presto il merito dell' impedimento, e si prescriva al nunciante un termine ad sntrodurre il giudizio petitorio, sotto pena di veder rivocata senza esame la inibizione, e di essere condannato ai danni

interessi, ed alle spese. La prammatica del 1738 voleva fra 30 giorni la perizia. La legge di Firenze vuole fra 15 giorni la esibizione de' documenti, e fra otto giorni la citazione per lo giudizio petitorio. Credo che questi ultimi termini potessero ridursi, giacchè durante il giudizio d' inibizione, il nunciante ha potuto e dovuto provvedersi de'documenti giustificativi.

290. Per la stessa ragione si dovrebbe negargli il beneficio della opposizione a sentenza o decisione contumaciale.

291. Il procedimento dovrebbe essere sommario; perciocchè tranne una perizia formale, che il tribunale potrebbe aggiungere, se fosse necessaria, allo stato descrittivo de' luoghi, tutt' altra discussione sarebbe sopra i titoli e sul dritto.

292. Il termine ad appellare, che ordinariamente è di tre mesi, si potrebbe abbreviare in considerazione de' lavori rimasti in sospeso.

Per l' appello da sentenze interlocutorie, applicarsi la disposizione proposta, pag. 181.

294. Il rimedio del ricorso alla Corte suprema è opportuno in questo giudizio di merito; ma io propongo due modificazioni:

1. Che il termine di tre mesi sia ridotto a trenta giorni, termine sufficiente a deliberare aggiuntovi il tempo ordinariamente non breve per le narrative e loro discussione, e per la spedizione della decisione e sua notificazione.

2. Il ricorso alla Corte Suprema dovrebbe sospendere la esecuzione della decisione, qualora avesse tolta la irribizione dell' opera; perchè bisogna evitare il danno irriparabile che può dipenderne, se la edificazione, permessa dalla decisione ed eseguita, dovesse poi distruggersi; ciocchè avverrebbe, se annullata la decisione dalla Corte suprema, seguisse in grado di rinvio una decisione di demolizione. Valgono qui le osservazioni su gl'inconvenienti del provvisorio nella edificazione, demolizione, o riedificazione, pag. 171; i quali potrebbero anche qui verificarsi.

Un esempio di lasciar sospesa la esecuzione della decisione, durante il termine a produrre ricorso alla Corte suprema, fu prudentemente dato in materia di opposizione a matrimonio col Decreto del 7 aprile 1828 — Io convengo che la sospensione in quel caso ha una ragione più forte: Ma ciò non toglie

nella specie di cui trattiamo, il pericolo di un danno irriparabile, reale e morale. E perciò sarebbe utile disporre che

» Il termine a produrre ricorso avverso la decisione della Gran Corte civile, è di trenta giorni dalla notificazione.

Durante detto termine, rimane sospesa la esecuzione della decisione, che avesse tolta la inibizione dell' opera.

292. La discussione del ricorso dovrebbe farsi subito, come causa sommario.

Appendice per la giurisprudenza in Sicilia.

Da relazioni di alcuni nostri magistrati mandati in Sicilia, e di alcuni magistrati siciliani venuti a Napoli, risulta che in Sicilia la giurisprudenza in materia di nunciazione di nuova è varia come nel continente, e che la varietà è nella latitudine della competenza de' giudici di circondario, e nel procedimento. Nondimeno avrei voluto conoscere con precisione le circostanze delle cause ed i giudizj renduti, e specialmente le massime di quella Corte suprema. Ciocchè per un incidente non ho potuto finora ottenere. Ma appena mi giungeranno le notizie che ho chiesto, e dessero materia a particolari osservazioni, non mancherò di aggiungerle a questo Trattato.

Istruzione su l' uso delle acque , data dal Gran Giudice Ministro della giustizia G. Zurlo, a nome del sommo Imperante, sotto il dì 14 settembre 1809.

Diverse doglianze de' Comuni e particolari cittadini, i quali provano tuttavia le antiche difficoltà nella costruzione de' mulini, mi hanno obbligato a prender conto de' motivi che hanno finora ritardata l' esecuzione di quella parte di legge abolitiva della feudalità , la quale ha distrutto le privative ed ha renduto l' uso delle acque libero e comune. Ho quindi rilevato che due ragioni concorrono a mantenere gli effetti delle abolite privative. Una è *l' interesse degli ex-Baroni , i quali contendono con mezzi indiretti la costruzione delle nuove opere;* l' altra è l' interpetrazione data a' Regolamenti amministrativi intorno all' uso delle acque pubbliche. Entrambe queste cagioni sono l' una e l' altra legate; *perciocchè gli ex-Baroni non avendo essi abbastanza di diritto per opporsi a quelli, che fanno nuovi mulini , o altre simili macchine ad acqua , si giovano degl' impedimenti che nascono dalle istruzioni date dagl' Intendenti* delle provincie sulle regole, con le quali possono i privati interessarsi delle pubbliche acque.

Avendo messo sotto gli occhi del Re lo stato di questi abusi , e la cattiva intelligenza che si da ad una legge alla quale S. M. veglia con tanta sollecitudine, mi ha comandato di dare per una istruzione circolare , una tale spiegazione della legge stessa che si ottengano i due seguenti fini: *Che si prevengano tutti gli equivoci d' interpetrazione, e tutti i pretesti , che può dettare l' interesse di coloro che vogliono conservarsi nel possesso delle antiche privative* : 2° Che facendo salve le leggi amministrative , le quali regolano l' uso delle acque riservate a' bisogni dello Stato e della Nazione , *si lascino tutte le altre acque nella loro piena libertà*, e si dia luogo alle disposizioni del diritto privato per tutte le contese che sorgono fra coloro che credono di avere il diritto di parteciparne. Soddisfacendo perciò a questi ordini, io discendo alle seguenti spiegazioni :

1. Le sole acque riservate alla inspenzione del Governo sottoposte alle regole amministrative del dipartimento dell' interno sono , conformemente al disposto nell' art. 538 del Codice di Napoleone , quelle de' fiumi , o navigabili , o atti al

rasporto di Zattere o di legnami. La derivazione di queste acque per qualunqne privato bisogno è permessa a quanto non noccia all' uso pubblico e generale. In conseguenza la costruzione delle macchine in tai fiumi, la irrigazione ed ogni altro uso privato o individuale delle acque suddette deve essere preceduto dal pern esso degl' Intendenti delle provincie, e dalle verifiche contenute ne' regolamenti dati dal Ministro dell' interno.

2 La costruzione delle macchine in tutti gli altri fiumi non navigabili o non capaci del trasporto di Zattere o di legnami, e l'uso così delle loro acque, come di tutte le acque non perenni, *non ha bisogno del permesso dell' autorità pubblica*, e non è soggetto ad altre restrizioni se non a quelle del diritto privato. Queste restrizioni si propongono solo il dirigere l' uso e la distribuzione fra coloro che hanno il diritto di parteciparne, ed il garentire i diritti di proprietà che sulle medesime è permesso di acquistare.

3. Tutte le contese che sorgono sull'uso delle acque sottoposte alle regole del diritto privato, appartengono esclusivamente alle autorità giudiziarie. La facoltà di porre degl' impedimenti alle nuove opere, o alle nuove derivazioni di tali acque appartiene a que' soli, il di cui diritto sia stato violato.

4. Quando il corso delle acque non navigabili, non capaci di trasporto di Zattere e di legnami, tocchino l' interesse di una o più popolazioni, o che questo interesse consista nell' uso delle acque, o che riguardi il danno pubblico che potrebbe derivarne, sono anche capaci di regolamenti amministrativi. Di tal natura sono i regolamenti che dirigono l' irrigazione in una o più contrade, quelli che assicurano il corso regolare delle acque, e quelli relativi alle chiuse ed alle altezze delle suddette acque, gli altri che riguardano le disposizioni tendenti a consservare o promuovere la sanità, e la salubrità dell' aria. È sempre libero alle autorità amministrative il dettare tali regolamenti, *ma dov' essi non esistono, la natura delle acque non sottopone ad alcuna restrizione quelli che vogliono servirsene ne' termini del diritto comune.*

5. Tutte le contravvenzioni a' regolamenti amministrativi sulle acque, non riservate all'uso dello Stato, e della Nazione, sono di competenza dell' autorità giudiziaria.

6. In conseguenza di tutte le precedenti spiegazioni i giudici di pace, ed i tribunali civili delle provincie, secondo le regole delle rispettive competenze, giudicheranno nella materia delle acque di tutte le contravvenzioni alle leggi del diritto privato ed a' regolamenti amministrativi.

Essi pronunzieranno sull'applicazione di tutte le multe, e delle pene imposte da' suddetti regolamenti.

Gl' Intendenti delle provincie nelle contese sulle quali i loro Comuni sono interessati, avranno diritto di eccitare i regj Procuratori e le altre autorità giudiziarie all'applicazione delle multe, ed alla sollecita spedizione de' giudizj.

7. Le opere ad acqua de' privati, quando sono legittimamente costruite ne' fiumi navigabili, o in quelli atti al trasporto di Zattere e di legnami, divengono proprietà private: in conseguenza tutte le dispute di danno fra i vicini, o fra i diversi proprietarj delle suddette opere, appartengono alle autorità giudiziarie.

In tali contese è vietato a quelli che disputano del proprio diritto il chiamarvi l'intervento delle autorità amminisirative. Le verifiche che queste autorità potranno ordinare per vedere se siasi costrutta opera in fiumi navigabili, o atti al trasporto di Zattere e di legnami, non potranno mai accumularsi con la cognizione del danno, che da' privati deve sperimentarsi innanzi alle autorità giudiziarie.

8. Tutte le opere ad acqua, o permesse dal giudice, e non contraddette dalle parti, contengono la implicita obbligazione de' proprietarj di rifare a' vicini il danno, quando questo nasca, o per abuso, o per imperizia, o per qualunque altro fatto che contenga loro colpa. È nel diritto de' vicini e dei proprietarj di macchine già esistenti il chiedere a' giudici, che si sottopongano i padroni delle *nuove opere* ad una sicurtà per lo danno, che può avvenire. I giudici sottoporranno a questa condizione la costruzione delle nuove opere, quando il pericolo sia fondato a giudizio degli esperti.

9. Acciocchè gli antichi possessori di privative e di acque credute feudali *non abusino* della interpretazione della parola DANNO, e si eviti ogni erronea intelligenza della legge de' 4 agosto 1806, *rimane dichiarato che* gli ex Baroni *sono costituiti relativamente alle loro antiche macchine nello stesso di-*

ritto di tutti gli altri privati , non avendo alcun riguardo del loro diritto antecedente.

Per conseguenza è vietato agli *edificatori di nuove macchine* il danneggiare quelle di ex baroni, e lo inferire loro qualunque di quelle servitù che violerebbero il diritto di ogni altro privato. Per lo contrario NON È DANNO LA DIMINUZIONE DEL LUCRO, CHE GLI EX BARONI SOFFRONO NELLA CONCORRENZA DI PIU' MACCHINE : NÈ LA PRECEDENZA , CHE I POSSESSORI DI FONDI SUPERIORI POSSONO PRENDERE NELL'USO DELLE ACQUE; PURCHÈ QUESTE SIENO RESTITUITE A QUEL CORSO CHE ANIMA LE MACCHINE SOTTOPOSTE.

10. Finalmente S. M. intende di confermare le precedenti risoluzioni , con le quali ha dichiarato le contese fra gli ex Baroni , e gli abitanti degli ex Feudi sull' uso delle acque di competenza della Commissione feudale per tutto il tempo che la suddetta Commissione impiegherà a terminare il lavoro che l' è assegnato.

I signori Proccuratori generali e Proccuratori regj incaricandosi delle ragioni che hanno determinato il Re ad ordinarmi la comunicazione di queste istruzioni, e della importanza che S. M. attacca alla loro osservanza, vaglieranno con tutto il loro zelo alla esecuzione di esse. I signori Proccuratori regj presso i Tribunali di prima istanza disporranno che ne sia fatta subito la partecipazione a tutte le autorità a loro subordinate ; ed i signori Intendenti ne faranno eseguire immediatamente la pubblicazione in tutt' i Comuni delle rispettive provincie. Io attendo riscontri , che mi assicurino dell' adempimento che ciascuno vi abbia dato nella parte che lo riguarda »

FINE DEL TRATTATO SU LA NUNCIAZIONE DI NUOVA OPERA.

SU LA NATURA DELLE SENTENZE INTERLOCUTORIE E SU I LORO GRAVAMI.

Seconda edizione.

Le leggi di procedura civile definiscono così le sentenze preparatorie e le interlocutorie :

« 516. Sono *preparatorie* le sentenze che riguardano i meri atti ordinatorj del giudizio, diretti a mettere la causa in istato di essere diffinitivamente giudicata. »

» Sono *interlocutorie* le sentenze che il tribunale profferisce avanti la decisione diffinitiva, per ordinare una pruova, una verificazione , una perizia , o un atto qualunque che sia relativo al merito della causa , e che potrebbe essergli di pregiudizio. »

In Francia non si può (per legge) appellare da sentenza preparatoria , se non dopo la sentenza diffinitiva ed unitamente all' appello da questa , quand' anche la preparatoria fosse stata eseguita senza alcuna protesta.

L' appello dalla interlocutoria può interporsi prima della sentenza diffinitiva.

Il motivo di questa seconda disposizione fu « di prevenire » il rischio , a cui un' interlocutoria esporrebbe , percioccbè » non avendo altro oggetto apparente che d' illuminare la re» ligione dei giudici, potrebbe poi nel suo risultato finire per » traviarla , sulla falsa persuazione che si fossero essi stessi » legati nel pronunziarla * »

Presso di noi , ritenute con qualche maggior precisione le definizioni delle sentenze preparatorie e delle interlocutorie , si fecero due riforme importanti :

1° Fu convertita in legge quella che in Francia era semplice opinione di giurisprudenza, cioè che tali sentenze « non sono mai di pregiudizio nella diffinitiva ; non rimanendo in alcun modo il giudice legato , potrà sempre riformarle o ri-

* Rapport par *M. Albisson*, orateur du Tribunat.

vocarle, quando pronunzierà diffinitivamente in merito, quantunque sieno state eseguite dalle parti » (art. 135 proc. civ.)

2° Il divieto di appellare dalla preparatoria, prima dell'appello dalla difinitiva, fu reso comune alla sentenza interlocutoria ; come anche la dichiarazione che « il termine per appellare decorrerà dal giorno, in cui sarà notificata la sentenza diffinitiva : e quando anche la sentenza preparatoria o interlocutoria sia stata eseguita senza riserva, l'appello sarà ammessibile » (art. 515).

Poichè i motivi delle riforme non sono tra noi pubblicati, cerchiamo d'indovinarli :

La prima riforma è giustificata dalla esperienza e dalla ragione, per far cessare le disputazioni del foro in un punto interessante, e per lasciare a' giudici la facoltà di riconoscere e di emendare l'errore, in cui fossero caduti, nell'ordinare un mezzo di pruova che fosse non necessario, o non pertinente, o fosse vietato dalla legge.

La seconda riforma fu probabilmente consigliata da tre motivi : 1° diminuire gli ostacoli che ritardano il compimento del giudizio — 2° fare che la causa si presenti ai primi ed ai secondi giudici nel suo intero sviluppo; ed a questi anche col giudizio diffinitivo de' primi — 3° poichè i giudici non sono legati dalle sentenze preparatorie, o interlocutorie, può cessare, dopo la sentenza diffinitiva, l'oggetto dell'appello ; o almeno nel dubbio l'appello poteva essere differito.

Se qualche filosofo, o anche uomo di buon senso, leggesse la definizione della sentenza interlocutoria, e le enunciate riforme delle nostre leggi di proc. civ., io credo che giurerebbe, non poter farsi quistione su la natura di una sentenza interlocutoria, e sul tempo di appellarne. Ma oh quanto la logica forense è diversa dalla comune ! Io riferirò in breve la giurisprudenza francese e la giurisprudenza patria : indi esporrò alcune delle mie osservazioni.

Giurisprudenza francese.

1. Una pruova, una verificazione, una istruzione, sono esempj enunciativi, non limitativi di una sentenza interlocutoria. Ogni altra disposizione che manifesti la opinione de'

giudici su i diritti pretesi dalle parti, è pure interlocutoria *.

2. Non è la prova ordinata che caratterizza la sentenza, ma la precedente contestazione (se siavi stata) sull' ammessibilità della pruova.

Se vi fu contestazione, la sentenza è diffinitiva, perchè definì una quistione.

Se poi fu pronunziata d' officio, è *interlocutoria*.

3. Se fu pronunziata d' officio, o fu preceduta da consenso, o fu seguita da acquiescenza, è sempre *preparatoria*.

4. È *diffinitiva* la sentenza che giudica di un incidente, e fosse anche di procedura — È diffinitiva, se dichiara valido un esame testimoniale.

5. Per conoscere la natura di una sentenza interlocutoria, si deve attendere ai suoi motivi — No, si deve attendere al dispositivo — No, si deve attendere al dispositivo ed ai motivi.

6. Se la interlocutoria contiene una delle clausole — *prima di far dritto* — *ferme restando le ragioni delle parti* — *riservate tutte le cose al merito* — allora non reca alcun pregiudizio alle parti, ed ancorchè fosse eseguita.

7. Quelle clausole non tolgono l' imbarazzo; sono indifferenti: ancorchè non espresse, sono sottointese in tutte le interlocutorie. Con quelle clausole i giudici dichiarano non restar essi (non le parti) legati.

8. Non ostante la clausola — *prima di far dritto, riservato il tutto al principale* — la sentenza ordinante una pruova per testimoni, è interlocutoria — Anzi è diffinitiva.

9. L' avverbio *preparatoriamente* non fa preparatoria la sentenza che ordina una messa in causa — Ella è secondo le circostanze, interlocutoria o preparatoria.

10. *Idem* per la sentenza che ordina la comparsa delle parti, o la comunicazione di un documento.

11. *Quid* se ordina l' interrogatorio? è preparatoria; ma secondo i casi può essere interlocutoria.

12. Se la perizia è voluta direttamente dalla legge, la sen-

* Per brevità non cito donde ho attinto ciascuna massima: assicuro però di averle riferite quasi sempre con le stesse parole degli originali.

tenza è preparatoria — È poi interlocutoria, se la perizia è voluta dai giudici.

13. La sentenza che unisce due cause, è una implicita interlocutoria — No, è preparatoria.

14. Se la interlocutoria riguarda un' eccezione subordinata, allora è diffinitiva per la eccezione principale, perchè questa è implicitamente rigettata.

15. Tutto il forte sta nel carpire il senso del vocabolo *pregiudicare* (*prejuger*). Ecco come lo definisce l' Accademia. « Pregiudicare, vocabolo forense, pronunziare una sentenza interlocutoria, che porta a conseguenza per la decisione di una quistione da giudicarsi appresso. »

16. Ma appunto perchè la setenza *pregiudica*, non giudica.

17. La facoltà di appellare dalla interlocutoria prima della diffinitiva è un beneficio, di cui si può non profittare, senza perdere il diritto di appellare dopo la diffinitiva — No; quel *potrà* indica una facoltà data dalla nuova legge, e che non si aveva nell' antica.

18. Appellando da sentenza diffinitiva, tuttocchè resa su le basi della interlocutoria, non è necessario di appellare anche dalla interlocutoria. I giudiei di appello, nel giudicare diffinitivamente hanno, come i primi giudici, la facoltà di rivocare la sentenza interlocutoria, ancorchè non appellata — No, non l' hanno senz' appello.

19. In generale, i giudici sono indipendenti dalle interlocutorie: essi possono non curarle (*s' en jouer*) — Purchè però non sia stata pronunziata in seguito di contestazione tra le parti, e non abbia acquistato autorità di cosa giudicata.

20. Se siavi acquiescenza alla interlocutoria, ovvero non siasi appellato fra i tre mesi dalla sua notificazione, l' appello è ammessibile a pena di cassazione? No — Sì.

21. Non compete ricorso per cassazione contro una decisione diffinitiva che è conseguenza di decisione interlocutoria non impugnata, o tardivamente.

Idem se la decisione abbia confermato una sentenza diffinitiva che sia conseguenza d' interlocutoria non appellata.

22. Un autore che tratta *ex professo* delle sentenze, dà queste norme:

« Le sentenze sono interlocutorie, se portano un pregiudizio *reale*, ed *irriparabile* nella diffinitiva; ovvero se traggono

seco per *necessità* di *conseguenza* la decisione della causa nel merito, o se, non andando tant' oltre, *non fanno che pregiudicare al merito* SENZA LEGARE LE PARTI O I GIUDICI. Sotto questi differenti punti di vista, le sentenze sono principali in ragione del danno *reale*, o dell' *inquietezza che cagionano*; e conseguentemente sono impugnabili da per loro stesse, *isolatamente* e *pregiudizialmente*. »

23. Un altro autore dopo aver detto, che le preparatorie non pregiudicano al merito della causa, mentre le interlocutorie gli sono di pregiudizio, nota che « spesso siffatta differenza è ben difficile a percepirsi, perciocchè le preparatorie par che talvolta sieno di pregiudizio al merito, e tal altra le interlocutorie non gli sono di pregiudizio. »

24. Un altro scrittore dopo aver veduto che « la sorgente di tante difficoltà e contraddizioni sta nel vago della definizione data dalla legge alle sentenze preparatorie ed interlocutorie; e che la loro distinzione, come troppo sottile, è stata rigettata nel cantone di Ginevra » vi fa osservare, che « se la giurisprudenza non è fissata su questa materia importante, ciò è dipeso dall' essersi cercata *una norma nelle decisioni*, in vece di consultare lo spirito ed il testo della legge. » E quest' ultima norma egli si propone di seguire.

Ma poi dopo aver lungamente discusso la legge e i suoi motivi, le opinioni degl' interpetri, e le decisioni, fa la seguente professione di fede:

« Noi convenghiamo, che malgrado i nostri sforzi, è ben facile che ci si rimproveri di esser restati oscuri, mentre abbiam fatto di tutto per esser chiari. Checchè ne sia, crediamo aver fatto qualche cosa di buono, mettendo sotto gli occhi del lettore le ragioni che può allegare *pro* o *contra* del sistema che abbiamo adottato. Spetta alla Corte regolatrice di carpire l' occasione per fissare la incertezza in cui trovansi le parti. »

E così va gli stesso *alla norma*, che prima aveva trovata fallace, *delle decisioni*.

Giurisprudenza patria.

1. La sentenza che ordini una pruova vietata dalla legge,

è diffinitiva, e quindi appellabile prima dell' appello dalla diffinitiva.

2. Se la pruova fu ordinata, non ostante la contraddizione di una delle parti, la sentenza è diffinitiva — è interlocutoria — è diffinitiva.

3. È anche diffinitiva, se dopo avere escluso nelle considerazioni la esistenza di altra perizia fatta d'accordo, nella dispositiva delega un giudice di circondario per la nomina de' periti.

4. La sentenza, che è diffinitiva, quando negasse una pruova, per parità di ragioni è anche diffinitiva in averla accordata *.

5. È diffinitiva in ciascuno de' casi seguenti:

se rigetta qualunque eccezione incidente, fosse anche di rito;

se ometta di discuterla;

se il giudice dichiara la sua competenza;

se ammetta la querela di falso;

se dichiara pertinenti i motivi;

se ordina un giuramento decisorio, ecc.

La decisione che ordina un giuramento suppletorio, e lo deferisce al debitore per determinare la quantità del debito, è diffinitiva, perchè mentre interloquisce, *definisce* chi deve prestare il giuramento, e sino a qual somma il giurante sarà creduto; ciocchè importa implicito rigetto del di più che era stato domandato.

Osservazioni sopra le esposte teorie.

Se il giudice trovi la causa istruita secondo le forme tracciate dalla legge, e chiara nel fatto, risolve subito la controversia con una sola sentenza, che è *diffinitiva.*

Ma se ravvisa qualchè vuoto nel rito, la indicazione del modo di ripararlo, fa *preparatoria* la sua sentenza.

Se poi vede qualche dubbio nel fatto, la indicazione del modo di chiarirlo, la fa *interlocutoria.*

---

* Secondo questo ragionamento, chiudere a qualcuno la porta, o aprirgliela, vale lo stesso — Terza Cam. G. C. civ. di Napoli, 14 febbrajo 1827 — *Izzo e Izzo.*

Questi sono i caratteri semplicissimi delle tre sentenze. Dunque

1. Sentenza *diffinitiva* è quella soltanto che dà fine alla controversia, assolvendo o condannando. O che abbia potuto deciderla ella sola, o che abbia avuto bisogno di mezzi i quali le abbiano, dirò così, aperta e tracciata la strada, è indifferente alla sua qualità esclusiva di diffinitiva.

Quindi in una causa non può esservi che una sola sentenza diffinitiva. Tutte le altre sentenze, che intercedano tra la citazione e la sentenza diffinitiva, o sia tra il principio ed il fine, sono necessariamente *mezzi*, istrumenti per la diffinitiva. O che regolano il rito, o che riguardano il merito, la loro minore o maggiore influenza non altera la loro natura di essere subordinate alla diffinitiva. Il solo vocabolo *inter-locutorie* esprime il loro carattere. Dar loro il nome di diffinitive è abusare della legge e della lingua.

2. Che importa che la pruova sia stata ordinata d' officio, ovvero su la domanda di una parte, contraddetta dall' altra? Nell' uno e nell' altro caso la sentenza è sempre diretta a chiarire un fatto, ciocchè la fa interlocutoria. L' unica differenza è, che nel primo caso il bisogno della pruova è veduto direttamente dal giudice; nel secondo è suggerito da una delle parti. La contraddizione dell' altra parte ha potuto richiamare maggiore attenzione del giudice sul mezzo propostogli, senza cangiare perciò la natura interlocutoria alla sentenza che lo abbia ammesso. Scegliere ultroneamente una via, o sceglierla su gli opposti pareri delle guide, è sempre scegliere. L' essersi determinato malgrado l' avvertimento di una parte, importa non aver trovato sussistente il motivo della sua opposizione; aver rimosso a ragion veduta l' ostacolo al progresso del giudizio. Se la non curata contraddizione di una parte rendesse diffinitiva la sentenza che ordina un mezzo d' istruzione, sarebbero diffinitive in tal caso le sentenze che ordinano la comunicazione di un documento alla parte — o degli atti al pubblico ministero — la riunione di contumacia — la unione de' ruoli etc. Perchè in fine queste sentenze *diffiniscono elle pure qualche cosa*, e nella ipotesi sul dissenso di una parte.

3. Se un genere di pruova sia permesso o vietato, è un

rapporto tra la pruova e la legge; rapporto tutto diverso da quello tra il mezzo ed il fine del giudizio. Il divieto di passare per una via, onde giungere alla meta, non fa che la via sia ella stessa la meta. Dunque la proibizione della pruova fa illegale la sentenza che la prescrive, non la fa diffinitiva.

Il divieto poi della pruova, consigliato da gravi motivi, non può essere coverto da tolleranza, e meno se fosse momentanea, della parte. Nè la parte può togliere al giudice la libera facoltà, che gli vien dalla legge, di ritrattare il suo errore. V. l'osservazione 10ª.

4. Una quistione incidente è un ostacolo al corso del giudizio. Rimuovere gli ostacoli che s' incontrano per via, è tra i mezzi per arrivare, benchè fosse un mezzo negativo.

Così il giudice che si dichiara competente — che dichiara valido un esame testimoniale, o rigetti i motivi di ricusa de' testimoni, non fa che escludere le eccezioni, che volevano impedirgli di giudicare, o di attingere dai detti de' testimoni il mezzo di scovrire la verità. Se il giudice può rivocare la sentenza radicale, con la quale ordinò l' esame de' testimoni, la rivocazione trarrebbe seco anche quella che lo avesse dichiarato valido; ciocchè esclude il preteso giudicato intermedio.

Dunque il rigettamento di una eccezione incidente non è che una interlocuzione.

5. Se il giudice condanna, senz' aver discusso un'eccezione, allora la eccezione è involuta nella condanna. Ma se non assolve nè condanna, se interloquisce; perchè appunto interloquisce, non rigetta: la omissione può essere riparata nella diffinitiva o anche prima. Dunque nella interlocutoria non può stare *implicita* una diffinitiva, e tanto meno che la stessa interlocutoria può essere rivocata.

6. O che la perizia sia voluta astrattamente dalla legge, o che sia desiderata in concreto dal giudice, fa sempre materia d' interlocuzione. La sentenza prende carattere dal suo proprio tenore, non da chi la prescriva o pronunzia.

7. Non sono i motivi, ma il dispositivo che caratterizza una sentenza. I motivi sono l' opera di uno de' giudici, il dispositivo è del collegio. I motivi possono essere erronei, giusto il dispositivo. Nell' arresto, *Paulucci* e *Comune di Mor-*

sone, il dispositivo in quanto agl'interessi fu di annullamento della decisione; mentre i motivi erano per lo rigettamento del ricorso, probabilmente perchè il redattore de' motivi suppose che il dispositivo fosse stato di rigettamento.

8. Ammettere la querela di falso, dichiarar pertinenti i motivi, sono mezzi istruttorj per rinvenire il vero, e quindi interlocuzioni.

9. La facoltà ed il tempo di appellare da una sentenza dipendono dalla legge, non da clausole arbitrarie che il giudice aggiunga, forse per rassicurare i timori de' litiganti. Se la facoltà di appellare avesse per norma l' *apprensione* dei litiganti, quale delle sentenze sarebbe al coverto di appello?

10. Messo il principio che le interlocutorie non legano il giudice, siegue che non passano in giudicato, e quindi non osta nè l'assenso preventivo della parte, nè l'acquiescenza, nè la volontaria esecuzione. Se il giudice può aver errato nell' ordinare un mezzo d' istruzione, può aver errato anche la parte in domandarlo o in accettarlo. Perchè al giudice sarebbe permesso di emendare il suo errore, o nol sarebbe alla parte? perchè non potrebbe la parte fargli avvertire l' abberrazione in cui egli o tutti due fossero caduti? La data facoltà di emendarsi ed il risultato della emenda sono sempre nell' interesse delle parti, o sia della verità. Tutte le interlocuzioni sono dirette a cercare la verità; i mezzi erronei debbono esser sacrificati alla verità, non la verità agli errori. Dunque è strana la creduta differenza delle interlocutorie nel rapporto ai giudici e le interlocutorie nel rapporto alle parti.

Osservazioni generali.

1. In Francia le trasformazioni delle sentenze sono tre: la preparatoria in interlocutoria — la interlocutoria in diffinitiva — o in preparatoria. Le due prime trasformazioni sono più frequenti; la terza è rara, e dev' esser rara.

Tra noi la trasformazione è unica, cioè la interlocutoria in diffinitiva. La ragione della differenza è che le sentenze preparatorie ed interlocutorie essendo tutte due comprese nello

stesso divieto di appello prematuro, manca al nostro foro l'oggetto di trasformarle reciprocamente.

II. In Francia la incertezza dell'appellabilità delle sentenze preparatorie e interlocutorie si fa dipendere dalla inesattezza delle definizioni. Ma prima del codice di procedura civ. quando le sentenze non diffinitive eran tutte preparatorie, ed era proibito di appellarne prima della diffinitiva, nondimeno si appellava prematuramente, rappresentandole per diffinitive.

E tra noi dove le definizioni sono più precise, e non influiscono sull'appellabilità, nondimeno si appella.

Dunque le definizioni sono pretesto, non cagione degli appelli. La tendenza dell'uno e dell'altro foro è di anticipare i gravami; e per anticiparli, trasformano. Per regola il motivo dell'anticipazione è di ritardare l'andamento del giudizio, o d'impedire il suo sviluppo. Per eccezione è l'abberrazione de' giudici.

III. La legge francese nel sospendere l'appello dalle preparatorie, tende, come si è detto, a rimuovere le remore de' giudizj: nel permetterlo dalle interlocutorie, mira a prevenire gli errori de' giudici.

La nostra legge, vietando indistintamente tutti gli appelli su gl'incidenti, mira all'acceleramento ed allo sviluppo dei giudizj.

Quale delle due leggi è più saggia? quella che relativamente è più utile — Quale è più utile? In astratto dovrebbe essere la legge nostra, per i motivi che ho indicato, ed anche per la necessità di *opporre alle irruzioni de' forensi una barriera di ferro*. « Sia vera interlocutoria, sia, spuria, non è il tempo di vederlo. Aspettate la sentenza che vi condanni o vi assolva, ed allora decideremo tanto della condanna o dell'assoluzione, quanto de' mezzi adoperati per pronunziarla. »

Questa dovrebb'essere a tutti gli appelli anticipati la risposta unica, ferma, costante; lasciata libera intanto ai giudici la esecuzione delle loro interlocutorie.

In concreto nulla a mio avviso può dirsi di certo, perchè:

1° nè l'una nè l'altra legge, per difetto di esecuzione, consegue come dovrebbe il suo scopo. Così tra noi la proibizione degli appelli prematuri, non solo non gli ha impedi-

ti, ma si fa servire ad allungare le liti, ed a moltiplicare gli esempj dell' incertezza di giudicare. La sentenza è semplice interlocutoria, o interlocutoria avente forza di diffinitiva? Ecco la perpetua quistione agitata dagli avvocati e dai giudici per decidere sull' ammessibilità o inammessibilità dell' appello, o del ricorso alla Corte Suprema. E per risolverla, si cade in quegli stessi mali che la legge intendeva evitare, perdita di tempo, di valori, di quiete, e della importantissima confidenza nella giustizia.

2° Bisognerebbe però avere la maggiore probabilità possibile, che i tribunali non dessero interlocuzioni, o vietate, o non pertinenti, o inutili, e talvolta dannose. Ciocchè dipende dalle persone e dai tempi. La irregolarità delle interlocuzioni rende più facili i giudici superiori ad ammettere i gravami, tuttocchè prematuri, e per ammetterli trovano in esse un *quid definitivi*. Talvolta per diffidenza, o per illusione che a forza d'interlocutorie si scopra la verità, si accumulano le interlocuzioni, e poi se ne ha un risultato opposto, per la ordinaria varietà o mendacio di testimoni, o di periti. Ciò dipende dal non avere idee adequate, della *verità*, della *certezza*, e della loro differenza. Allora il difetto non è nella legge, ma è nella logica del giudice. Ad un patrocinatore che si opponeva alla domanda di una terza perizia, un vice-presidente rispose con vivacità: *la terza, la quarta, la quinta, finchè il tribunale scopra la verità* »

Mi piace ciò che fece un giudice di appello * nella divisione del palazzo *Sessano* tra i creditori aggiudicatarj. Vista la ingiustizia e la irregolarità de' progetti della prima e della seconda perizia, propose egli stesso un terzo progetto alla G. C. civ., il quale non solamente fu da questa approvato, ma fu accettato ancora dai condividenti. Così la divisione fu finalmente eseguita senz' altra interlocutoria per la terza perizia, la quale avrebbe apportato danno certo alle parti per lo dispendio e per lo ritardo, e poca probabilità di buon successo.

Da tutto ciò una conseguenza importante: *Tutte le riforme sono inefficaci, se non cominciano dalle persone*.

---

* Sig. cav. Cacace, ora consigliere nella Corte suprema di giustizia.

IV. Nel diritto romano il nome di *sentenza* era riserbato a quella sola pronunziazione del giudice, la quale dava fine alla causa: *lata definitiva, judicis officium in totum cessat, ita ut prorsus judex esse desinat*. Tutte le altre che giudicavano d' incidenti qualunque, eran dette *inter-locuzioni, interlocutiones*. Così eran comprese in questo nome non solamente tutte le sentenze preparatorie ed interlocutorie del nuovo rito, ma quelle ancora a cui si dà l' improprio titolo di diffinitive. I decreti coi quali i Pretore dava o rivocava la inibizione di nuova opera, non erano che interlocuzioni, secondo PAOLO DE CASTRO — *Per secundam interlocutoriam contrariam primae, censetur a prima recessum* *.

Ma i forensi appellavano indistintamente da tutte le interlocutorie: anzi prendendo occasione da un esempio estero, appellavano da torto non ancora inferito, *a futuro gravamine*!

Ai forensi siamo pure debitori della distinzione (trasfusa poi in leggi patrie abolite) tra le semplici interlocutorie e le interlocutorie aventi forza di diffinitive. Sotto questa seconda specie mettevan quelle, che eseguite, o apportassero un *danno irriparabile* (caso rarissimo), ovvero legassero il giudice nella diffinitiva; come quando ordinavano giuramento decisorio, o la restituzione o esibizione di alcuna cosa a pena di condanna maggiore; o il pagamento degl' interessi in un termine, a pena della rescissione del contratto.

Da queste sole sentenze, che eran ben poche, e che erano ritrattabili dallo stesso giudice secondo alcuni scrittori, o non ritrattabili da lui secondo altri, fu permesso da leggi patrie appellare innanzi tempo, senza che restasse impedita, fino

* Il Regolamento di procedura delle *Sezioni contabili* della G. C. de' conti del 2 febbrajo 1818, non ammette che due specie di sentenze, *preparatorie*, e *diffinitive*, e con accurata definizione caratterizza per *diffinitive* quelle che realmente sono tali. Vi si riconosce la lucidezza e la precisione dell' illustre suo autore cav. De *Thomasis*, allora Procuratore gen. del Re presso la Corte de' conti; e specialmente nella ingegnosa definizione delle decisioni *preparatorie* col metodo di eliminazione, o sia negativo. La sua classificazione tende a liberare da dilazioni e da remore il procedimento contabile.

In generale poi la legge di procedura amministrativa del 25 marzo 1817 adottò le disposizioni del codice di procedura civile su la distinzione delle sentenze preparatorie dalle interlocutorie, e su i tempi diversi da appellare da quelle o da queste.

alla inibizione, la esecuzione delle dette interlocutorie. Ma alla stessa facoltà di appellare posero de' limiti o delle condizioni, tendenti a frenare la inopportunità o la intemperanza del gravame. Da interlocuzioni poi per *atti ordinatorj* del giudizio (ora sentenze *preparatorie*) fu proibito l' appello:

Le sentenze, che il Sacro Consiglio profferiva ne' casi straordinarj, previsti dai così detti *Capitoli conservatori del regno* (de' quali ho fatto menzione nel *Trattato della nunciazione di nuova* opera, pag. 65) eran tenute per *interlocutorie* *. Anzi perchè nelle cause sommarie non si osservano le solennità de' giudizj ordinarj, alcuni negavano alle sentenze rendute in causa sommaria il carattere di diffinitive; altri le tenevano per *non vere diffinitive*, cioè per *quasi* diffinitive **.

Il nuovo foro, non sapendo dimenticare le interlocutorie *quae habent vim definitivae*, senza però associarvi le limitazioni messevi dalle vecchie leggi, e non curando le precise disposizioni del nuovo rito, va cercando e quindi trova facilmente in qualche proposizione affermativa o negativa del giudice un *quid definitivi*, una *quasi-diffinitiva*; e con l'ajuto di una *diesis* la interlocutoria, e talvolta anche la preparatoria, passa a diffinitiva: ecco un esempio della genesi degli abusi in giurisprudenza. Qualche interruzione poi del sofisma, senza darvi fiducia di stabile ritorno ai sani principj, gitta il litigante nella dura incertezza, in qual tempo possa cadere il suo gravame, se nel periodo ordinario, ovvero in qualche intermittenza. Appunto per la oscillazione incerta delle opinioni si verificarono le tre fasi accennate nel n. 2° della giurisprudenza patria; e fu uno stesso avvocato che l' ebbe a soffrire l' una dopo l' altra tutte tre, e con circostanze notevoli:

Nella prima causa egli diceva che la sentenza, la quale aveva ammesso la pruova per testimoni, era *interlocutoria*. Ma ebbe torto: fu deciso che fu *diffinitiva*, perchè la pruova per testimoni era vietata ***

Nella seconda causa, facendosi forte su la massima stabilita contro di lui nella causa precedente, sosteneva che la sen-

* *De Marinis*, *resolut. lib.* 1, *cap.* 328
** *Fachinei*, *coutrov. juris*, *lib.* 13, *cap.*
*** *Del Vecchio e Chiovitti*, 5 febbrajo 1831

tenza era *diffinitiva,* perchè la pruova per testimoni era vietata. Ma perdè pure : fu deciso che fu *interlocutoria* *.

Terza causa : secondo l' ultima lezione ricevuta, egli qualificava con fiducia per *interlocutoria* la sentenza che aveva ammessa la pruova per testimoni. Ma perdè anche questa volta: fu dichiarata *diffinitiva*; ed il relatore fu lo stesso che della seconda causa **.

Così egli perdè sempre , o che la dicesse interlocutoria , o che la qualificasse diffinitiva; o che si attenesse alla legge, o alla giurisprudenza ; e (ciocchè è più duro) col corrivo di non aver potuto apprendere un criterio da riconoscere senza fallo , quando questa sentenza proteiforme sia interlocutoria, e quando diffinitiva.

FINE

---

* *Capozio e Rignano* , luglio 1832

** *De Vito e de Julio*, 30 gennajo 1834

SU GLI ABUSI

DEL

DIRITTO ROMANO

LORO CAUSE E RIMEDÎ

SU LE SUE SCUOLE NELLE UNIVERSITA'

E

SU LE SCUOLE DI PERFEZIONAMENTO .

CONSIDERAZIONE

DI

MARTINANGELO DE MARTINO

SECONDA EDIZIONE



AVVISO

PREMESSO ALLA PRIMA EDIZIONE

E' *originale di questo scritto, completato fin da giugno 1841, quando giunse in Napoli la risposta di* Berriat-Saint-Prix *su lo stato della giurisprudenza romana in Francia, indi riveduto amichevolmente ed approvato dal profondo filosofo e giureconsulto signor* Borrelli, *fu consegnato ad un avvocato per farlo inserire nel* Progresso, *di cui è uno de' dotti collaboratori, e propriamente nel n° 56. Ma per un incidente non essendone seguita la inserzione, quell' avvocato ha fatto su lo stesso argomento un articolo col titolo*: Del diritto romano per quel che è, e debb' essere nella presente società europea, e pel nuovo dritto di Europa. *E lo ha fatto inserire nel susseguente n° 57 di quell' opera periodica.*

In tal suo lavoro egli ha innestato parecchie delle mie osservazioni, ed alcune delle autorità che io aveva riportato. Così facendo, egli le ha onorate di fatto, abbenchè le avesse dove compendiate, e dove accennate, nè tutte; e si fosse omessa, forse per incuria del tipografo, qualche menzione di ciò che era mio.

Ora, affinchè si conoscano tutte e nella loro integrità le mie osservazioni, e' si distinguano, qualunque elle siano, da quelle che appartengono al suo merito, ho stimato di pubblicare separatamente quel mio scritto.

Napoli 28 dicembre 1841.

§. I.

SU GLI ABUSI DEL DIRITTO ROMANO, LORO CAUSE E RIMEDÎ.

Dopo che in Francia, superati tutti gli ostacoli e riuniti tutti i mezzi, si pervenne finalmente a riformare le leggi, e dopo che quella riforma fu tra noi ed altrove adottata, surse da per tutto spontanea e grata la opinione, che la giustizia fosse già liberata dal caos delle leggi antiche, e dallo scetticismo di tanti interpetri. Scendeva la credulità de' popoli dall' oggetto stesso della riforma: poteva esser mai quello di conservare la vecchia legislazione, ed aggiungervi la nuova? Scendeva pure dal linguaggio de' governi medesimi, i quali facendo un nero quadro delle tante leggi che allora vigevano*, annunziavano la vicina riforma come un gran beneficio sociale. E tal era, o piuttosto doveva essere. Qual era tra noi prima del 1809 lo stato della legislazione? Udiamolo dallo stesso Ferdinando I: *Uu cumulo di leggi fatte in diversi secoli, per diversi popoli, differenti di costumi e di forme di governo, senza un disegno generale, e spesso con opposti principj, regolavano la nazione napoletana* ** » Quindi fu che dopo la pubblicazione del nuovo codice, i comenti delle leggi romane, non esclusi i più rinomati, giacevano venali nelle strade, ed erano offerti a prezzo vile. La preveduta inutilità di questi ultimi era il solo rincrescimento, che sentiva un giureconsulto intervenuto in Francia alla discussione del codice civile, e non ebbe ripugnanza a manifestarlo in un suo rapporto***. Veramente il loro uso poteva essere temporaneo, quanto la durata delle quistioni transitorie, che sono inevitabili nel passaggio ad altra legislazione: l' uso posteriore apparteneva all' erudito, ed al filosofo politico, a cui anche i forensi dan materia ad utili osservazioni. Il testo poi delle antiche leggi, dopo cessate le quistioni transitorie, ri-

* V. tra gli altri documenti, i discorsi su i motivi del codice civile.
** Decreto del 2 agosto 1815.
*** *Galli, Exposè des motifs du titre II, livre II, du code civil.*

maneva monumento per la storia, e per le meditazioni de' giureconsulti e degli uomini di stato.

Ma quella opinione consolante, tutto che sulle prime universalmente festeggiata, andò poi lentamente declinando, fino a svanire affatto; ed è stata dileggiata pur anche, come illusione di menti superficiali. Di questo secondo fenomeno morale furon varie, a mio avviso, le cagioni, che anderò qui in parte divisando:

Offesero le abitudini e molti interessi, l'abolizione de'privilegi dei chierici, la soppressione degli ordini monastici, l'ammessione del divorzio, la ritolta giurisdizione sui matrimoni ed altri atti dello stato civile, l'indipendenza dalla corte di Roma in materia di disciplina, la divisione delle terre ecclesiastico-feudali, l'affrancazione delle rendite pagandone il prezzo alla casa di ammortizzazione, lo scioglimento de' patronati, la temuta conversione delle rendite fondiarie in soldi, e soprattutto lo spirito pubblico che sorgeva da tali ed altre innovazioni. Ma dal 1815 in poi gli elementi dell' odio religioso sono stati progressivamente quasi tutti rimossi. E se gli ecclesiastici non godono priuilegio di foro, hanno ottenuto favori importanti nelle condanne criminali, e larghe concessioni e riguardi nelle cose civili.

L' odio politico che si nutriva contro la rivoluzione francese, fu facilmente esteso al codice civile, come opera, benchè tarda, della rivoluzione e del temuto conquistatore che gli diede il suo nome. È noto, che dopo pubblicato in Napoli il *codice Napoleone*, oltre lo discredito, che andavan procurandogli i vecchi forensi, fuvvi più di un magistrato che non solamente si fece scrupolo di leggerlo, ma non voleva udirlo citare dagli avvocati. Nè la sanzione, datagli poi da Re legittimo, fu bastante a purgarlo dall' antica avversione. Qualcuno non fu contento della divisa giurisdizione negli atti dello stato civile. Tal altro trova ancora a ridire sul nuovo sistema successorio, e si duole pur anche dell' abolizione de' fedecommessi. Ad alcuni spiace la limitazione della pruova testimoniale; ad altri la severità del sistema ipotecario, e soprattutto nelle donazioni, mentre è ben lontano dal perfezionamento di cui è suscettivo. Molti guardano d'occhio torvo il rigore delle forme testamentarie, inventate (come essi dicono) da francesi, per dar luogo a successioni legittime, anzicchè

a testamentarie, e carpiscono qualunque pretesto per eluderle: immemori allora della recente legge patria del 1804, la quale prescriveva forme più numerose e più severe, ed in parte più sagge: immemori ora del nuovo Decrèto del 12 settembre 1828, che ha dovuto aggiungere altri e più efficaci provvedimenti per assicurare la fede pubblica, mal custodita da notaj. Non pochi lo trovano nudo di definizioni e di dottrine, e v' ispirano il desiderio il bisogno delle tante teoriche e di quella selva di decisioni, che si trovano belle e fatte nel diritto romano, sopra moltissimi casi avvenuti o possibili. Non è mancato a chi sia spiaciuto, fra le altre cose, che il codice e le sentenze sono scritte nella lingua del popolo, sembrandogli più utile la lingua latina, perchè il volgo rispetta più ciocchè non intende. Tal altro vi accenna a quella dizione de' giureconsulti romani, pura, breve, precisa, sentenziosa, modesta. Alcuni poi sdegnando di combatterlo con censure parziali, han visto chiaro nel nuovo codice i germi delle pubbliche calamità, come i gentili li vedevano nell' introdotto cristianesimo: e quindi, profittando di occasioni ben pericolose, insistevano abolirsi di un colpo la novella legislazione e ristaurarsi l' antica. E se non sono riusciti nel disegno, come pravo così insensato, lo dobbiamo alla fermezza di Ferdinando I.

In breve nulla si è lasciato d' intentato per calunniare la nuove leggi, o per eluderne per vie indirette l' applicazione. Dico francamente ciò che sento: se nell' odio di legislazione venuta dall' estero, io potessi travedere lo spirito d' indipendenza nazionale, oh! io applaudirei il primo al sacro principio, divergendone soltanto l' applicazione. Di tanti conquistatori, i quali cacciandosi l' un l' altro, son venuti a godersi questo bel paese, ciascuno avevaci lasciato delle leggi e qualche uso della sua patria. In tanta varietà e difformità di leggi e di usi, il carattere nazionale doveva inevitabilmente essere svisato. Non siamo divenuti romani, non goti, non greci, non longobardi, non normanni, non angioini, non tedeschi, non spagnoli, non francesi; nè siamo, quali soltanto dovremmo essere, italiani. Ma l' essere usciti finalmente da quel caos legislativo, l' avere adottato con qualche modificazione un codice stabilito sopra buoni principj, è certamente un gran passo

a ridestare lo spirito nazionale. In vece di odiare quel codice, perchè dato da mano straniera (se straniera per noi può dirsi la mano di Napoleone) dovremmo pensare a perfezionarlo, a renderlo unico, indipendente da qualunque influenza o giurisprudenza estera, a dargli di fatto la cittadinanza italiana. Ma l'odio non viene che da ignoranza, o piuttosto da ipocrisia ambiziosa; quella che passa così prontamente dagli applausi alle maledizioni come dalle maledizioni agli applausi , secondo il proprio interesse , a cui solo è fedele. Quegl' insidiosi detrattori delle nuove leggi furono tra i primi, dopo riformate, a celebrarle. Cominciavano dal rilevare i difetti delle leggi antiche, per far riconoscere la necessità in cui erasi , di una riforma; esponevano i tentativi fatti un tempo , ed imputando a circostanze politiche la mancanza dell' evento , colmavano di elogî il riformatore, per aver finalmente compiuta la grand'opera. Gli elogî ed il biasimo , comunque pugnanti tra loro, si accordano troppo bene con la cagione unica che li produce.

La legge che accompagnò in Francia , come tra noi , la pubblicazione del codice civile , non abolì in modo assoluto le antiche leggi , ma solo nelle *materie che formano oggetto delle disposizioni in esso contenute*. Fece quindi presumere , aver lo stesso legislatore riconosciuto nel diritto romano la esistenza di altre materie che non fossero trattate nel codice nuovo. E come rinvenirle senza stabilire un confronto tra il codice nuovo e l' antico ? Da ciò fu legalmente derivato lo studio, parziale almeno , delle leggi romane , per applicarle nelle materie non abrogate.

Ma coloro che eransi abituati nel diritto antico, andando, come suole , più oltre , non ne limitavano la importanza alle materie che nel confronto si trovassero conservate , ma la ritenevano per la intera compilazione di Giustiniano. Dicevano: il nuovo codice essere un estratto e spesso indigesto del diritto romano — il diritto romano essere il fonte della giustizia e della sapienza civile — ivi doversi attingere i principî regolatori delle nuove leggi , le definizioni , le dottrine , le regole di diritto , la filosofia legale — non poter conoscersi ciò che è nuovo , senza aver appreso bene l' antico — esser degni di compassione quei giovani che per aver letto in lingua nazionale il nuovo codice , presumevano esser già divenuti giureconsulti — la varietà delle leggi romane essere

giustificata dal corso e dalle vicende di quella nazione * — anche quelle leggi che non si confanno ai popoli presenti, dare utili lezioni di legislazione e di politica — la stima di tanti popoli pel diritto romano, durata per molti secoli, persistente dopo la riforma, essere gran documento del suo merito — coloro disprezzare la legislazione romana che non la conoscono.

Grande appoggio trovavano queste voci, nella immediata istituzione delle scuole di diritto, la prima delle quali fu destinata pel diritto romano; e più ancora nell' autorità di un giureconsulto(Bigot Préameneu), che era stato uno degli autori del progetto del codice civile, e che da oratore del governo presso il corpo legislativo, annunziò come necessario alla intelligenza del nuovo codice lo studio del diritto romano. Il suo giudizio ha esercitato ed esercita tanta influenza, che dovunque le leggi romane han cultori, sentite l'eco frequente delle sue parole. Storici o scrittori di diritto, professori, magistrati, avvocati, rapsodi, ciascuno si compiace a ripeterle: alcuni certamente per coscienziosa conformità di opinione, altri senza esame, all' ombra di nome celebre, per vanità, o per interesse di mestiere.

Venne poi una turba, sempre più crescente, di glossatori bifronti, i quali di ciascuna legge del codice civile (ed anche del codice penale) cercarono la sorgente nella collezione di Giustiniano, *non dissimili da coloro che ne' boschi veggono le navi*, come diceva l' illustre *de Thomasis* **; e trovatala, almeno a loro giudizio, la ritengono per norma fondamentale, secondo la quale dovesse intendersi la legge nuova.

All' apparire de' primi interpetri, Napoleone ne fu allarmato, come un agricoltore che vegga una nuvola di bruchi avvicinarsi alla sua messe: *il mio codice è perduto*, egli diceva. Ma sia per un riguardo alla libertà della stampa, sia per non mettersi su le braccia la garrula caterva de' curiali, sia che su le prime i comenti furon rari e castigati, sia per distrazione a cure più gravi, i comenti furono tollerati. Si

* Anzi dal non esser fatte di un sol getto, dall' essere staccate, sconnesse, senza sistema, un autore allemanno desume il merito e la durata delle leggi romane.

** *Introduzione allo studio del diritto pubblico, e privato del regno di Napoli*, prefazione pag. 16.

crederebbe che l' ansietà del console per la difesa del codice, la sua filantropica avversione per gl' interpetri, sono state dopo la sua caduta dall' impero, travolte in argomento di premeditato dispotismo? Io non metterò questo tra i *codardi oltraggi* di cui parla Manzoni: è una ridevole puerilità.

In Italia tal lavoro fu accreditato, anzi voluto dal governo; giacchè, dopo avere ordinato che l' insegnamento del codice Napoleone fosse fatto, confrontandolo col diritto romano, il confronto che ne fece il signor *Taglioni* fu approvato per uso delle università e dei licei. Ed è tuttavia stimato, non tanto per aver meglio che altri, indicato le leggi romane concordanti o contrarie al codice civile, quanto per avervi aggiunto una dotta spiegazione di moltissime leggi varianti e di alcune materie, le quistioni più importanti, le sue osservazioni, e le teoriche ricevute nel foro; il tutto relativo alla giurisprudenza romana.

In generale sopra tali opere comparative del dritto antico col nuovo è da notarsi:

1° La concordanza delle disposizioni è il più delle volte affermata, senza tener conto delle differenze; o è presa da qualche punto di conformità, o da una specie, o da materia diversa, o per argomento non isviluppato.

2° Le comparazioni sono fatte per disposizioni, non per materie e per principî. Se fossero fatte per principî, avrebbero dato risultati ben differenti e d' importanza. Era necessario per la giurisprudenza romana un uomo, come *Linneo* per la botanica, e che dopo la classificazione, ne avesse fatto il confronto coi principî della novella legislazione. È rincrescevole che niuno de' giureconsulti filosofi se ne occupò, lasciandosi sfuggire la opportunità non reduce del tempo. Lavoro, che non avrebbe fatto fortuna presso la plebe de' forensi, non di altro avida che di repertori di quistioni e di casi risoluti: avrebbe però, illuminando i governi e le scuole, già prevenuto, o almeno diminuito i mali della confusione delle due legislazioni.

Il digesto è altamente commendato in Italia, come semenzaio di codici, come medello di lingua, di stile e raziocinio, ed anche per lo merito eminente de' giureconsulti romani, sapienti ed incorrotti.

In Francia si moltiplicano le edizioni di vecchi comenti, e

non mancano de' nuovi. Gl' interpreti del diritto nuovo non lasciano in appoggio delle loro opinioni di citare leggi romane, o come tipo di legge nuova, o almeno come *ragione scritta;* frase comodissima per dar loro indirettamente il vigore di legge. A via di euremi i giureconsulti romani eludevano, riformavano, o creavano leggi: Scusabili almeno (se l' arbitrio possa scusarsi) da motivi politici, cioè dal fermo proponimento de' patrizî, di non volere riforme, e di voler conservarsi per tutt' i mezzi nn potere assoluto sulla plebe *.

Alcuni (e sono tra primi giureconsulti) fanno così stretto e necessario il nesso dell' antico diritto col nuovo, che se una disposizione antica si trova riprodotta, e spesso in termini non identici, nel nuovo, ciò basta a loro avviso, per presumere che il legislatore abbia inteso adottarla nel senso che le avevan dato gli antichi interpetri, altrimenti avrebbe avuto la intenzione d' ingannare: come se le opinioni arbitrarie degl' interpetri faccian parte integrale di una legge, e di diritto passino dalla legge antica alla nuova! Più, danno per *regola generale*, che se la nuova legge abbia adottato il principio dell' antica, non la eccezione, nondimeno debba supporsi adottata anche la eccezione. E se mostrate ripugnanza ad ammettere quest'altra teoria, sappiate, vi dicono, che è *insegnata dai giureconsulti romani nelle leggi* 26, 27, 28, D. *de legibus*: leggi e teoria che non è quì il luogo di esaminare.

Se si tratta di salvare da nullità una disposizione per vizio di sostituzione, il diritto romano è ben invocato, onde trasformarla in legato a termine, o condizionale. Ma se poi il diritto romano, lungi di prestarsi alla trasformazione, vi riconoscesse un vero fedecommesso, allora il diritto romano non ha più forza di legge. Giustificano la dissonanza di questa dottrina per la forte ragione, che le leggi romane fatte per favorire i fedecommessi allora leciti, non possano invocarsi per l' annullamento de' medesimi, ora che sono vietati.

Fuvvi chi fece pervenire alla Camera de' deputati le sue doglianze della troppa influenza del codice di Giustiniano sopra la nuova giurisprudenza. — Ed è tale la compiacenza

* V. Delfico, Ricerche sul vero carattere della giurisprudenza romana e de' suoi cultori — Esorto i giovani a leggerle.

che si ha pel diritto romano, che il decano della facoltà legale nella università di Parigi, in pubblico discorso, ha dato al nostro AGRESTI il merito di averne ripristinato lo studio, quando colà lo insegnava. Merito di cui questo magistrato non pare che fosse ora contento, poichè si mostra fortemente e costantemente attaccato alle leggi vigenti, delle quali sviluppa sempre i principî.

Secondo una lettera recentissima del rinomato *Berriat-Saint-Prix* (Parigi 18 maggio 1841), esiste ora in Francia sul diritto romano una diversità di opinioni tra le scuole e i tribunali. « La stima sul diritto romano, egli scrive, non è diminuita nelle nostre scuole: che anzi è aumentata dopo la loro creazione che rimonta a 36 anni. Gli si dà a che maggiore estensione, e specialmente si mette la più grande importanza al diritto romano antichissimo, detto anti-Giustinianeo. La cosa va altrimenti nei tribunali. La importanza messa dai professori a qael diritto antico ha forse nociuto al diritto romano medesimo, preso in generale. È citato ben di raro nelle arringhe ».

È naturale che gli avvocati francesi, vista ne' magistrati la poca curanza del diritto romano, sian parchi nell' invocarlo a difesa delle cause, siccome per ragione inversa l' inverso accade tra noi, come diremo. Ciocchè prova, nell' uno e nell' altro senso, quanta influenza hanno i tribunali su le leggi, e quanto importi a ben dirigerla, o emendarla. È un male, quando tra le scuole e i tribunali, due mezzi di educazione giuridica, vi fosse potente contrarietà di principî. Senza portare un inceppamento alla istruzione, o violare la indipendenza de' giudizî, si può, guidandole, farle cospirare al mantenimento della morale, la quale non dev' essere proteiforme. Ma nella pluralità di codici, la discordanza di principî è inevitabile ed è inconciliabile: e tanto più forte è la discordanza, quanto più grande è la differenza delle età de' codici.

In Allemagna poi il diritto romano è coltivato con un fervore straordinario, e specialmente la sua storia *interna* ed *esterna*, come la chiamano » *Dal* 1789, dice Warnkoenig, l' *Allemagna è stata il centro de' travagli sulla storia del diritto romano. Giammai questi studj sono stati portati più oltre, soprattutto per le investigazioni della così detta scuola storica di*

*giureconsulti, della quale i signori Hugo e Savigny sono i capi.**

Si sono fatte ricerche laboriose e perseveranti, quali potevano attendersi da ingegni flemmatici, negli archivî, nelle biblioteche, ne' marmi, ne' bronzi, e quanti pezzi han potuto raccogliere che avessero relazione alla giurisprudenza de' romani, sono stati pubblicati e comentati **. Si sono scritte opere voluminose, e si scrive ancora, non tanto per comentare il testo, quanto per illustrare le sue origini, propagazione e vicende. La speranza di rinvenire a Verona le istituzioni di Cajo impegnò l' accademia di Berlino a spedirvi tre deputati: e la scoverta che realmente vi fu fatta, è stata celebrata come se fosse de' libri perduti di Livio, o di Tacito, L' epoca della pubblicazione di quell' opera (1820) è stata segnata come *un' era nuova per lo studio di quel diritto veramente classico*; ed han tenuto per una calamità le tante lacune da cui è interrotta ***. Ed un napoletano editore delle istituzioni di Cajo, dopo avere rivendicato al *Maffei* la scoperta e la interpetrazione del primo frammento, ha mostrato un certo rincrescimento, che quel *tesoro italiano, e nascoso in suolo italiano*, sia emerso alla luce per cura di esteri — *Tantae molis erat*! . . .

In cinque picciole strisce di carta pecora, unite nel dorso di libro antico per sostegno de' quaderni (notate dove stava nascosto quest' altro tesoro!) sicuri di aver rinvenuto a Vienna nel 1835 un frammento, interrotto da lacune, delle Istituzioni di Ulpiano, han levato gran rumore, come scoverta interessantissima, per aver fatto crescere di due altri la famiglia degl' interdetti, e perchè dà *soluzioni inaspettate di*

---

* Histoire externe du droit romain. . . .

** Juris romani tabulae negotiorum, modo in aere, modo in marmore, modo in charta superstites. *Lipsiae* 1821 in 8°.

Antiquitatis romanae documenta legalia extra libros juris romani sparsa — *Berlini* 1838 *in* 8° — etc.

*** C' est l'ouvrage le plus detaillè que nous avons sur l'ancien droit romain, et il a jetè une lumiere si grande sur nòtre connoissance du vrai droit classique, que depuis cette epoque une nouvelle ère pour l' etude du droit romain a commencè. Les interpretes les plus routinieres ont fini par reconnaitre l' importance de ce livre. Il est a regretter que l' ouvrage ait tant de lacunes. » *Warnkoenig*, ivi.

una importantissima e oscura dottrina del diritto antico (l. 2, D. de interd.) tenuta sempre per inesplicabile, e materia delle più ardite emendazioni de' dottori *. Della importanza de' due nuovi interdetti si può giudicare da questo, che la giustizia, senza di essi per circa sedici secoli, non ha sofferto nulla: con essi da dieci anni non ha migliorato. Per avere o per ricuperare il possesso di un fondo, o di una eredità, vi è forse bisogno dell' interdetto *Quem fundum*, o *Quam hereditatem*? Lo stesso puo dirsi di quella oscura ed oziosa dottrina, uscita finalmente a luce. E forse gl' interpetri sono dolenti della scoverta, giacchè nella oscurità gli antiquarj trovano come i gufi il loro pabolo, e tanto più grato, quanto le tenebre sono più dense.

Le teorie del diritto romano sul possesso, astratte, oscure, non concordi, dovevano naturalmente solleticare gl' ingegni allemanni ad una gara per dilucidarle; donde poi doveva venire, come n' è venuta, una varietà di opinioni, e conseguentemente maggiore incertezza del diritto. Le loro dissensioni cominciano dalla definizione. Cosa è possesso?

Gans — » Avere una cosa dal lato della volontà particolare, è possesso: averla dal lato della volontà generale, è proprietà » (Savigny, *Trattato del possesso,* pag. 72.)

Puchta — » Il possesso è un diritto, non su la cosa, ma sibbene su la propria persona, su la propria volontà » pag. 73.

Rudorff — » Gl' interdetti possessorj appartengono ai primi principj della proibizione della *ragione* fattasi di propria autorità. La *ragione* consiste nella rottura della pace, nel disturbo dell' ordine pubblico » pag. 73.

Thaden — » Il possesso è un vero diritto, perchè violato dal *furtum possessionis* » pag. 74.

Hasse — » È un diritto su la cosa, non contro tutti, ma solamente contro di colui che con violenza voglia attaccare il possesso. Propriamente il possesso non è cotesto diritto, è si bene come una situazione di puro fatto, accompagnato da un *diritto anonimo* di siffatta natura, in forza del quale riceve protezione » pag. 76.

Rauh — » Il possesso deriva da una necessità giuridica

* *Conticini*, nella prefazione della traduzione del *Savigny*.

universale. È una resistenza alla ragione fattasi di propria autorità » pag. 77.

Se queste definizioni non fossero soddisfacenti, eccovi una genesi lucidissima del possesso data da HUSCHKE:

» I romani, o *Ramnes* (egli dice) rappresentano il corpo, donde il fatto, il *possesso*, e la tutela di lui per mezzo del comando dell' autorità (Interdetto) — I Quiriti, o *Tities* rappresentano lo spirito, donde il diritto, la proprietà, e la sua tutela per via di azione. Nel corso del tempo il possesso si avvicinò alla proprietà, senza mai trasformarsi in essa. Il luogo dei *Ramnes* fu preso in seguito dai Patrizj; quello de' *Tities* dai plebei, ne' quali due ceti durò nondimeno l'antico contropposto » pag. 76 — *Quod erat demonstrandum.*

SANIGNY — » Tutti intendono per *Possesso* di una cosa, quella situazione in cui, non solo è fisicamente possibile la propria azione sulla cosa stessa, ma si può ancora essere impedita ogni azione estranea » pag. 47.

Queste definizioni sono come qualche ritratto, di cui difficilmente avreste indovinato l' originale, senza il nome messovi dal pittore.

SAVIGNY, dopo aver passato a rassegna tutti o quasi tutti gli scrittori, di qualunque nazione, antichi e nuovi, e dopo aver trovato, la maggior parte insignificanti, pochissimi buoni, niuno perfetto (pag. 1 a 46) è venuto a dar egli un *Trattato sul diritto del possesso*, *secondo il jus civile de' romani*.

Secondo lui, è stato un grave errore degli scrittori di tutti i partiti l' aver considerato il possesso, non come un diritto vero e proprio, ma come proprietà provvisoria, pag. 67.

Il Diritto romano tratta il possesso, non come effetto di un diritto, ma come condizione di diritti, pag. 48.

Il possesso è un puro fatto, pag. 59 — è fatto insieme e diritto, pag. 60 — Fatto cioè di sua natura uguale, ad un diritto nelle sue conseguenze, pag. 60 — È un fatto, in quanto ha per fondamento una relazione non giuridica meramente di fatto (*detentio*) pag. 63 — È un diritto, in quanto colla nuda esistenza di quel rapporto di fatto sono connessi dei diritti, pag. 63 — Non è diritto, ma produce un diritto, e pel diritto prodotto prende più di simiglianza con un diritto, pag. 71 — Questo diritto è diritto delle obbligazio-

ni , diritto degl' Interdetti , ivi — Il possesso per se stesso , come diritto , non ha alcuna sede propria, poichè un diritto non è, pag. 71 — Il *jus possessionis*, cioè il diritto che il nudo possesto dà , consiste nella pretesa degl' Interdetti. Prescindendo da ciò , non ha alcun diritto , nè *jus obligationis* , nè un diritto sulla cosa , perchè nessuna azione sopra una cosa si può riputare legittima , solo per questo che l' agente ha per avventura il possesso della cosa stessa , pag. 65 — Il possesso si presenta sotto l' impero di puro fatto , come un non diritto (cosa diversa da torto o ingiustizia *) ossia un *indifferente giuridico*. Ma per l' insieme de' vantaggi che apporta, è preso in considerazione come *Interesse della esercitata violenza* , e divien capace di produrre effetti simili a quelli di un diritto , sebbene in verità diritto non sia , pag. 70 — In sostanza tutto si riduce nell' *Insieme* de' vantaggi del possesso, come *Interesse della esercitata violenza*, pag. 70 — Non osta la objezione che in questo modo un torto verrebbe a produrre un diritto, perchè il possesso non viene come diritto in se stesso, ma solamente come interesse della violazione di un altro diritto che esisteva da sempre mai » ivi : ec.

Su questo torno è fatto il suo trattato. Pensa e scrive da ideologo. Niuna osservazione sul rapporto della giurisprudenza con lo stato di civiltà de' romani. In un popolo nuovo , dove il fatto è sempre la origine del diritto , nel popolo romano, rapace per natura e per istituzioni, dove la *mano* aveva dato principio ed incremento alla di lui grandezza , naturalmente la giurisprudenza doveva seguire negli svariati rapporti della vita civile l' indole e i costumi del popolo. Quindi vedete che la mano figura sempre nelle contrattazioni , ne' matrimonj , nelle emancipazioni e manomessioni , ne' giudizj. Che anzi i giudizj non erano che pugne civili , *actiones* , nelle quali ai gladj furon sostituite le festuche. Secondo che le vie di fatto variavano , i Pretori accorrevano con nuovi mezzi di repressione : i giureconsulti poi gli estendevano o modificavano, secondo i casi offerti dalla esperienza o dalla loro preveggenza, ajutandosi con euremi e con linguaggio e formole oscure, per illudere e contenere un popolo fiero. Ciò per appagare gl' interpetri avrebbe potuto dar qualche ragione di varie teorie

* La nota nella parentesi è dello stesso Savigny.

de' romani ; in quanto poi all' interesse della società, avrebbe fatto avvertire, quanto quelle teorie siano inopportune a'popoli culti e pacifici, dove i costumi piucchè le leggi legano a' cittadini le mani.

Dopo aver seguito l' autore nelle sue discussioni , etimologiche , terminologiche , esegetiche , storiche , erudite, ermeneutiche , dopo averlo seguito nelle sue congetture , ne' suoi tentativi di conciliazione , sareste tentato di scrivere in piedi del suo libro : Cui bono ? La giustizia chè ha guadagnato ? Le tenebre che avviluppavano la materia, sono sgombrate? Sono cessate le controversie d' interpetrazione ? Se si risponda che le difficoltà sono ne' testi, e che non si deve pretendere l' impossibile — appunto perciò, io replico, doveva l' autore convertire il risultato delle sue ricerche in vantaggio indiretto della giurisprudenza.

Conosciute da lui stesso per uniforme tradizione degl' interpetri , e per propria esperienza (testimone il suo libro e le sue non rare ritrattazioni) conosciute , dicevo , le *difficoltà straordinarie* del diritto romano , insuperabili secondo taluni fino a cadere in una specie di *disperazione ;* tali secondo lui da non poter essere dimenticate anche dopo i suoi sforzi a dulcidarle *, quale sarebbe stato il partito più conveniente , consigliato dalla prudenza, e dall'interesse sociale ? Proporre desiderare almeno che in una materia , dove l' oggetto principale è la speditezza, i popoli fossero una volta liberati dalle intricatissime teorie romane, sostituendovi regole più chiare e più sicure. Ma egli , trasportato per tutto ciò che è romano, conchiude in vece, che » le nuove massime non hanno alcun significato , se non in quanto si considerino come aggiunte

* « É di stile il premettere alle ricerche sul Possesso un lamento sopra la loro *straordinaria difficoltà*. Alcuni si sono abbandonati così sul serio a siffatti lamenti che sono caduti in una specie di *disperazione* . . . . Io mi contengo facilmente dalla tentazione di dimostrare in sul principio del libro le difficoltà del nostro Tema : più dificile sarà il non ricordarsene a traverso della stessa mia esposizione, in qualcheduno de' punti seguenti della qui assunta ricerca »

Nella nota poi aggiunge così: » A cotesti scrittori , i quali danno al lettore il consiglio di ajutarsi in tutt' altro modo che per mezzo dello *impossibile scandaglio* della stessa materia, appartengono *Leyser* e *Sibeth* » *Tra i molti cavilli e vere contraddizioni del Diritto romano — sarebbe immpossibile poter formare con piena convinzione un giudizio,* « ec. (Savigny , pag. 47)

alla Teoria romana, e che perciò questa, lungi di essere stata abolita, conserva anzi la sua forza e vigore »

Eppure se crediate a LERMINIER, il Trattato di SAVIGNY sul possesso è senza fallo » il più bel libro che sia stato scritto sul diritto romano dopo il secolo decimosesto * — Secondo il traduttore italiano, è un lavoro classico » ** Anche TROPLONG, scrittore ardito ed indipendente, ha fatto i suoi complimenti all' opera di SAVIGNY; ma dopo un elogio astratto, venendo poi al positivo, si è separato dagli altri ammiratori *troppo esclusivi*, com'egli ragionevolmente li chiama, ed ha trovato de' dubbj, che l' opera possa essere utile al diritto francese. » SAVIGNY, egli dice, ha fatto un libro tutto romano, non ha voluto scostarsi dall'orizonte di Cajo, di Ulpiano, di Triboniano: il nostro è ben differente »*** Per me, lo ripeto, io guardo al risultamento nell'interesse dei popoli. E utile che i litiganti restino implicati nella giurisprudenza romana sul possesso? Tradirei la mia coscienza ed il dovere di cittadino, se rispondessi affermativamente. E se mi si domandi di giustificare il mio voto, io mostrerò il libro di SAVIGNY. Questa è la vera utilità del suo libro.

Quel furore storico pel diritto romano ha avuto qualche influenza in Francia, ed anche nel Belgio, siccome annunziano con compiacenza.

I progressi della suola storica in Allemagna cominciarono, come si è detto, nel 1789. È noto che questa fu anche l'epoca della rivoluzione in Francia. Sulle diverse tendenze di quelle vicine nazioni, l' una verso il nuovo, l' altra verso l' antico, su la loro differenza di pensare e di agire, su i loro risultamenti presenti ed eventuali, si potrebbe fare delle osservazioni non inutili.

Tra noi lo studio del diritto romano, dopo essere stato alquanto intermesso nella decennale dominazione de' francesi, più coltivato nel susseguente quinquennio, è stato di poi pienamente ripristinato nelle scuole e nel foro. Nelle scuole private è ordinariamente insegnato nella sua integrità; in al-

---

* *LERMINIER, Introduzione alla storia del diritto*, cap. XVII.—238.
** *CONTICINI*, professore d' inst. civ. nella università di Siena.
*** *TROPLONG, De la prescription, Preface, et n° 236.*

cune mutilato di titoli creduti inutili, in altre comparato col diritto nuovo. Nelle cattedre pubbliche si osserva per le istituzioni e per le pandette l'ordine progressivo de' titoli. Non abbiamo nuovi comenti, non antiquarj, ma un nembo di nuove edizioni, traduzioni, compilazioni; lavori di speculazione che non lasciano però di nutrire la opinione del pubblico in favore delle antiche leggi, e de' loro interpetri, esaltando e diffondendo opere, non solamente non utili, ma nocive ancora per la diversione de' giovani alle sottigliezze ed al perpetuo dubitare. Si cerca introdurre nella filosofia e nella giurisprudenza il gusto della suola allemanna, malgrado la naturale ripugnanza degl' italiani, e la resistenza forte e saggia di pensatori preveggenti. Sette lezioni aveva impiegate un professore di dritto penale, per cercare donde nasca il diritto di punire, e non ancora erane venuto a capo. Non ricordava il valent' uomo che il diritto di punire suole esercitarsi anche nelle scuole, e specialmente de' fanciulli, e che perciò senza perdersi in ricerche esterne, poteva dentro la sua scuola medesima vederne la origine e la ragione. Se l'idealismo, cioè qualunque sistema nebuloso è un male per la filosofia, lo è più grave per le scienze morali, e specialmente per la giurisprudenza. Quando poi lo veggo raccomandato da elogj inconsiderati di alcuni scrittori italiani, ed uno pubblicato mentre scrivo, *tumet jecur meum difficili bile*. Hanno dunque obbliato che il fine delle scienze è il bene de' popoli, e che il bene de' popoli non sta sopra le nuvole? Hanno obbliato che i libri esteri non debbono accogliersi come le mode di Parigi? Il giudizio che ne sia dato con discernimento, fosse anche di censura, è più onorevole per l'autore straniero, più dignitoso per noi. Infelicemente continua ad esser vero il lamento di GENOVESI » La giurisprudenza si riguarda da taluni come l'arte di litigare o di ciarlare, non come la scienza de' pubblici doveri di onesto cittadino. *

Gli avvocati, sia per far pompa di cognizioni, sia per conciliare alla causa il favore di giudici, a cui giunga più grata una dottrina di ULPIANO, che un articolo di legge nuova, sia ancora (e questa sembra essere la ragione più frequente) per-

* *Discorso sul vero fine delle arti e delle scienze*

chè il diritto romano offre gran numero di casi * applicabili (*jure vel injuria*, non importa) alle presenti controversie, riportano ne' loro scritti, ed anche nelle arringhe, il più che possono di leggi romane, e delle loro interpetrazioni. Ne' tribunali, e specialmente superiori, la distinzione tra materie *abrogate* e *non abrogate*, è incerta o poco curata. Molti tra giudici si han fatto un pregio di citare leggi romane, e non di rado i loro interpetri, anche quando la materia è trattata nel nuovo codice; e ciocchè è forte, facendole talvolta prevalere. V' ha degli esempî di averle applicate in materia di forme testamentarie, d' incapacità di testimoni o di notai, in materia d'ipoteche, d'iscrizioni ipotecarie, di opposizione di terzo, di spropriazione, di conflitto. . . .

1° La severità delle *forme*, unico e necessario criterio della genuinità de' testamenti, è stata talvolta rigettata con indignazione, perchè le sottigliezze delle *formole* romane nella *istituzione di erede*, era stata abolita da Giustiniano, ripetendo con lui » *Indignum est ob inanem observantiam irritas fieri tabulas et judicia mortuorum* * Senz' avvertire almeno alla differenza de' vocaboli, e che le *forme* rigorose de' testamenti, lungi d' insidiare alle ultime volontà de' defunti, tendono a garentirle dalle falsità e dalle sorprese.

2° La famosa legge, *Barbarius Philippus* ** resa anche più famosa dalla massima antilogica ed impolitica, dedottane dagl' interpetri, *error comunis facit jus*, quella legge, tuttocchè colpita dall' abrogazione generale, e dalla speciale del diritto pubblico romano a cui apparteneva, impera tuttavia col suo satellite nel foro e ne' gabinetti di legislazione, assiderando le salutari disposizioni delle nuove leggi su la incapacità di uffiziali pubblici e testimoni, e facendo risultare la opinione generale, e la paralisi di una legge, da attestazioni vaghe o procurate d' incerto numero di persone.

3° La perenzione delle iscrizioni ipotecarie, stabilita dal diritto nuovo, estesa e fissata nel suo stadio dalla legge dalla

* Il numero delle decisioni contenute nella collezione di Giustiniano si fa ascendere a *quarantacinquemila*! *V. Berriat-Saint-Prix. Histoire de droit romain*, *Sect. V. chap. VI. §.* 11.

** L. 15 C. de testamentis.

*** L. 3, D. de officio praetorum.

spropriazione, per dar fine alle disputazioni del foro, ha sentito ella pure la influenza delle leggi romane, essendo stata esclusa per virtù della regola *juris antiqui—Omnes actiones quae morte vel tempore pereunt, semel inclusae judicio, salvae permanent. l. 139 D. de div. reg. jur. ant.*

4.° Il più rispettabile de'rimedj contro di un giudicato, la *opposizione del terzo*, dato dal nuovo rito a chi non fu *citato* nel giudizio, è stato negato per un ostacolo che è facilmente supposto dalla malizia forense, cioè che l' opponente avesse saputo e tollerato quel giudizio di suo principale interesse; *l. 63, D. de re judicata.* Per tutta soluzione del dubbio, come mai questa legge siasi salvata dall' abrogazione generale della sua materia, si è detto, che *quella legge è la origine della opposizione di terzo della nuova procedura* — Con questo argomento genealogico, la identità delle materie, la quale è la pietra sepolcrale delle leggi corrispondenti nel diritto romano, si converte per esse in titolo d' imperio conservato, non essendo difficile, specialmente col non curare le differenze, di rintracciarvi, se non lo stipite, un ramo almeno di progenie per collegarle alle leggi nuove: e se tutto mancasse, vi sarà sempre la comunione de' nomi. Così la perdita di diritti proprî, è spesso di grande importanza, si fa dipendere da semplice notizia * forse anco non creduta, di giu-

---

* *Cujacio* dopo aver detto: *propter scientiam solam rei inter alios iudicatae subiiciuntur*, mosso forse dal terribile effetto dato alla nuda scienza di un giudizio, avverte che scienza significa presenza, intervento: *et scientia est si viderint, si intervenerint . . . . Videre et pati* (Obser. VII, 20) E la benigna definizione di *Cujacio* è ritenuta da *Pothier*. Ma l' avere assistito ad un giudizio, o (ciocchè è più) l' esservi intervenuto, è ben altro che di avere udito parlarne. La presenza, l' intervento, includono necessariamente la scienza; non *vice versa*. La legge non parla che di scienza. E se basta la sola scienza, secondo *Cujacio* comunque avuta, per essere colpito dal giudicato, come si può esigere la presenza, l' intervento? In vece di moderare sotto specie d' interpetrazione la durezza di una legge, giova anzi di applicarla qual è, e denunziarla. Così non si avvezza il giudice all' arbitrio, e si accelera la riforma.

E se mai *scire* esprimeva allora il senso di *videre et pati*, secondo gli antichi grammatici citati da *Cujacio* (senso che ora non ha) sarebbe questa un' altra ragione a non avventurare i nostri interessi a facili equivoci di lingua antica.

dizio alieno: e da quali fondi derivata? da presunzioni, congetture, o testimonianze sempre pericolose. E tutto ciò si fa a nome di una legge abolita, e contro di una legge esistente.

5.° Un uomo ricco, che dalla moglie non aveva figli, procreatone uno con una contadina, lo fece subito immettere nell' Ospizio de' *projetti*, donde riavutolo nella mattina seguente, lo diede a nutrire alla stessa madre. Lo dichiarò poi suo erede nella proprietà, sostituendogli, se morisse in età pupillare, l'Ospizio *de' pellegrini*: nell' usufrutto istituì erede sua moglie, e lasciò un legato alla madre del fanciullo. Morto il fanciullo in età pupillare, contendevano a succedergli nella proprietà, colei che vantavasi sua madre naturale, l'Ospizio de' *projetti* dove era stata una sola notte, l' Ospizio *de' pellegrini* per sostituzione, e lo Stato come a colui che non aveva congiunti noti. La Gran Corte civile di Napoli escludendo la sedicente madre, l' Ospizio de' *pellegrini*, e lo Stato, diede la eredità all' Ospizio de' *projetti*, malgrado che le leggi imperanti non lo annoveravano tra gli eredi legittimi. E questa decisione fu confermata dalla Corte suprema.

Così mercè alcune massime prese dal dritto romano, date in mancanza di legge, incompatibili con qualunque sistema successorio antico e nuovo, ed anche (ardisco dirlo) con qualunque sistema futuro, giacchè in qual popolo civilizzato la successione può abbandonarsi all' arbitrio della equità? date in materie affatto diverse, e se volete di più, abrogate *; e mercè l' avviso arbitrario di *Baldo* che chiamava lo spedale a succedere a colui che moriva nello spedale, abbiam veduto giustificare, anche in ultimo esame, la creazione *giudiziaria* di altro ordine successorio, che non era ammesso dal codice vigente. L'*equità*, la *giustizia naturale*, invocata da Paolo, da Papiniano, per regolare il corso dell'acqua piovana, per iscusare un testimone impedito a venire, furono trapiantate nelle successioni, e nè anche per supplire, ma per *obrogare* le legge. Vale a dire col favore di quelle massime fu trovato giusto, che la successione fosse tolta all'erede chiamatovi dalla legge, per darla a chi non era chiamato. E l' abuso apparve solennemente manifesto, quando una legge posteriore (29 di-

* L. §. 2. 5. D. de aqua et aqua pluviae arcendae — L. 13. §. 7. D. de excusationibus.

cembre 1829) dichiarando in generale il diritto dell' erede ammesso , creò effettivamente quell' ordine successorio. *

6.° A proteggere le nuove leggi, e la pubblica economia dalla influenza dell' *utile interdetto Salviano* , e sue *ampliazioni forensi* , già ammesso da alcuni tribunali di Sicilia , ed acremente ivi difeso da' valenti avvocati (Fodera' e Belìa), non essendo stati sufficienti gli eruditissimi e solidi ragionamenti di Nicolini ** nè la censura di quella Corte suprema , è stato necessario l' intervento del potere legislativo — Tanta è la tenacità a' nomi ed opinioni di lunga tradizione.

E crescerà la meraviglia dopo la saggia osservazione del sig. Nicolini , cioè che quel simulacro d' interdetto , che si voleva far sopravvivere alle nuove leggi, ingombro come era di tanti inviluppi , estensioni , sottigliezze ed euremi, si risolveva in fine » a danno del commercio, a danno dell'agri» coltura , a danno de' terzi, a danno di tutti i principî re» golatori della conservazione dei vecchi dritti ipotecarî , e » del passaggio dall' antico al nuovo sistema ».

In altre materie v' ha qualche esempio di simile abuso di leggi antiche a danno delle nuove , e di simile riparazione legislativa ; su di che per brevità non mi trattengo.

7.° Sul dubbio, se una pensione data da più di un secolo ad un generale e suoi successori in *sua casa* , dovesse tuttavia continuarsi a rimoto discendente da linea femmminile, si sosteneva l'affermativa , mercè l' ampio significato, dato nel diritto romano a *familia ;* facendo assurde equazioni tra due lingue , una morta , l' altra viva ; tra *familia* de' romani e le nostre *case* , tra le loro varie leggi successorie , ed il sistema di sucedere presso di noi.

---

* Quantunque da ciò che ho detto e dirò , sia evidente che io non mi occupo che delle cose , senza alcuna allusione a persone determinate, nondimeno a prevenire ogni sinistra interpetrazione, lo dichiaro espressamente , protestando il mio rispetto per le persone, e specialmente per le autorità.

** » *Dell' utile interdetto Salviano nel regno delle due Sicilie, dopo la pubblicazione del codice* — Questo trattato , di cui si è fatta la seconda edizione nel 1840, con la inserzione del real rescritto del 29 dicembre 1839 che impose termine ad ogni controversia , fu scritto dal signor Nicolini prima che fosse stato richiamato alla magistratura, ed indi elevato a Ministro.

8.° Anche il diritto di *paraggio* ha trovato nella giurisprudenza romana ragioni da restarsene occulto, e fuori del dominio del regime ipotecario. Mi si permetta per i giovani un breve cenno storico del paraggio, con la guida del dotto Maffei mio maestro. Collocare in matrimonio decente le sue sorelle era un peso ben lieve ai tempi che fu imposto o piuttosto confermato da Federico II: peso morale, non pecuniario, perciocchè la sua legge non dà ai fratelli l'obbligo di dotare, ma di *maritare de paragio*, siccome bene osservava Guarani, indi Maffei, e recentemente Capone: così che se la sorella per cura del fratello, o per propria diligenza si avesse trovato un marito, il voto della legge era adempiuto. Qualche presente di mobili, che la sposa nel giorno delle nozze riceveva dai genitori o dai fratelli (*faderfium*), formava tutto ciò che ella portava a suo marito. Il *paraggio* allora non indicava che *parità* di condizione *. L'uso delle doti fu introdotto meno dal lusso, che dal' cresciuto rispetto pel diritto romano: e fu allora che il paraggio ricevè un senso complessivo e più esteso, cioè *parità* di *condizione* insieme e di *dote*: sempre però diretto all' unico scopo di procurare alla sorella un marito conveniente. E così quel *maritare* fu dai forensi cangiato in *dotare*: e posteriormente *maritaggio* ha preso il significato di *dotazione*. Dato il primo passo, i forensi che di tutto traevano origine e norma dal diritto romano, siccome nota frequentemente *Maffei*, cominciarono ad *assimilare* la dote di paraggio alla *legittima*; e così da questa le fecero prestare parecchie attribuzioni, a malgrado delle radicali differenze che le distinguono. Fatta l' assimilazione, duplicarono il peso del paraggio, imponendolo anche sopra i beni materni, e non ostante che col primo paraggio si fosse già ottenuto il fine, cioè la decente collocazione della donna; non curati in ciò il silenzio, e più del silenzio, il linguaggio limitativo e lo spirito della legge. E poichè presso i romani ogni diritto doveva avere la sua azione, ed ogni azione il suo nome, convenne darne uno all' azione di paraggio, e fu *condictio ex lege*, nome preso dallo stesso diritto romano. Avvedutisi poi che quell' azione, essendo *in personam*, non competeva che contro i fratelli, così che se costoro avessero alienato i beni,

* *Du Cange, v. paragium.*

il terzo possessore non poteva essere molestato, riparareno subito, dandole un' ipoteca tacita su i beni ereditari, da esercitarsi dopo escussi i debitori principali. Niuna pena fu da FEDERICO comminata ai maschi, che non curassero *maritare* le femine. Fu il foro poi che fece salvo ad esse il diritto di astringerli giudiziariamente per avere la dote congrua, che la giurisprudenza, non la legge, aveva loro accordata: e così decise spesso il *Sacro Consiglio**. La pena di ammetterle altrimenti alla successione, come se fossero maschi, era nella consuetudine napoletana; e questa eccezione conferma sempre più la regola. Fin qui giunsero i favori del vecchio foro per lo paraggio, cioè fino ad una *ipoteca tacita sussidiaria***.

Sopravvenuto il codice civile, ed imposta da legge speciale alle ipoteche antiche (se si voleva conservarle nel rango) la necessità della iscrizione, i crediti di paraggio ne risentirono utile o danno, secondo che si trovavano nelle occorrenze muniti o sprovisti d' iscrizione. Ben rari però furono gli esempi, che qualche Corte di appello, o perchè devota al diritto romano per quello spettro di legittima, o per mal intesa equità, cercò di salvare il paraggio, e per salvarlo, rinnegare la legge di FEDERICO, vedendo o fingendo di vedere nel paraggio un vero diritto di legittima, e citando all' uopo leggi romane. La nostra *Corte di cassazione* rammentò ai giudici la differenza tra legittima e paraggio, la occasione dell' assimilazione, le ragioni di tenerle separate; e riprovando l' applicazione delle leggi romane, annullò le decisioni che si allontanavano da queste teorie. Ed annullò talvolta su la sola domanda del pubblico ministero, sostenuto allora dall'eloquente POERIO in qualità di Procurator generale, vigilante a contenere il paraggio ne' limiti prefissigli dalla legge patria, messe da parte le leggi romane. « Ed in vero, diceva un arre» sto, se la costituzione *In aliquibus*, nella esistenza de' » maschi rimosse le femmine dalla successione di amendue i » genitori, è un *paralogismo* l' affermare di conservarsi il » diritto alla porzione legittima, mancando del diritto a suc» cedere. Nè perchè la congrua dote fu promessa in com-

* Afflitto, decis. 115 — *De Franchis* ec.

** Josephi Maffeji . . . instit. jur. civ. neapolit. t. 2, lib. IV, cap. 4 et 5 — È diverso dal *Maffei* citato pag. 16.

» penso della esclusione delle femmine, l' azione a chiedere » la congrua dote lascia di essere azione di credito. Se non » fosse così, non poteva esser riposto nella libertà dell' erede » di pagare la congrua dote a contanti » etc. *.

Ma dopo l' abolizione della *Corte di cassazione*, la giurisprudenza è cangiata. Se anche il paraggio fosse stato liquidato, e convertito in credito a termine, o in rendita vitalizia, nondimeno ha ritenuto la esenzione dalla iscrizione, perchè « lo stato de' *religiosi* o *religiose*, e le conseguenze » che dal loro stato derivano, non essendo entrato nel qua» dro delle materie trattate dal codice civile, può sostenersi » di esser rimasto sotto l' impero delle antiche leggi, e per» ciò il vitalizio ha potuto non essere colpito dalla necessità » della iscrizione prescritta dal codice civile » **.

A prescindere dai termini dubitativi di tale arresto, e dalla sua non *coerenza* con le leggi politiche del tempo, si vede bene, che non basta trovare nel codice civile trattata la materia ipotecaria, per ritenere abrogate le leggi antiche su la stessa materia: non basta leggervi i crediti e le persone dispensate dalla iscrizione, nè le espresse disposizioni della legge del 3 gennaio 1809, le quali chiaramente chiamavano le antiche ipoteche alla pubblicità della iscrizione. Il *foro legislatore*, come ben lo chiamava GALANTI, ha impedito, in questo ed in altri rincontri, che quella legge conseguisse l' oggetto salutare a cui mirava: così che i suoi avvertimenti ad iscrivere le antiche ipoteche e privilegj nel termine di quattro mesi, altrimenti non avrebbero rango che dal giorno della iscrizione, la proroga di altri due mesi, e poi di due altri ancora, e finalmente l' ultima e diffinitiva di altro bimestre, tutti quegli avvisi e minacce, sono restati senza significato e senza effetto, per i sofismi del foro, che trionfano tutto giorno, fino a prendere il tuono di massima indubitata, *jus receptum*.

Almeno un tale arresto lasciava al paraggio la natura di credito, anzi la riconosceva. Dai motivi speciali e personali, per cui lo esentava dalla necessità della iscrizione, chi non argomenterebbe, che fuori di quei motivi, vi sarebbe stato

* Supplim. collez. delle leggi, vol. 1, p. 115, 412, 421.
** 17 agosto 1819 — Ceva-Grimaldi e Lombardo.

sottomesso? Illusione; fuori di quelle persone e di quei motivi, ne è stato generalmente dispensato, e non ostante che fosse liquidato o transatto per somma certa. Che anzi non è più un credito, non è dovuto *condictione ex lege*, ma « sta
» *in luogo* della quota di successione — è un *peso* sulla quota
» che nella successione sarebbe spettata alle femmine — è
» un *dritto di proprietà*, e colpisce la *intera quota* della suc-
» cessione, e non è limitata al *compenso*, sia del pareg-
» giamento delle porzioni, sia del prezzo dell'incanto nei
» senso dell'art. 1995 leg. civ. — la femmina non s'*inten-*
» *deva rigorosamente* esclusa dalla successione, conservava anzi
» la sua quota successoria fino a che non avesse riportata
» effettiva e reale la soddisfazione della dote di paraggio —
» nella dote è sempre *inerente* il dritto di *proprietà* fino alla
» totale soddisfazione — la paragiaria non è tenuta prendere
» iscrizione per conservare la ipoteca ed il privilegio, sia
» perchè la ragion del *dominio nasconde* in certo modo quella
» del *credito*, sia perchè non si prende iscrizione per con-
» servare *dritti privilegiati su i proprî beni* — non esservi
» novazione, anche per la insita condizione, che *initio inspecto*
» aveva costituita la giusta cautela della donna » *.

Visto tale arresto (reso contro le conchiusioni dell'avv. gen. NAVARRO) ho detto a me stesso: Contro il testo della legge, come si sostiene che la femmina *non s'intendeva rigorosamente* esclusa dalla successione? E che si vuol intendere con questi ed altri termini di approssimazione? Che ella fosse *quasi* erede? Un peso ingiunto all'erede lo fa meno erede, e nel caso d'inadempimento gli dà forse per coerede colei che era chiamata a profittare di quel peso?

Appresso ho cercato fra tante definizioni date dall'arresto al paraggio, quale fosse la vera: è credito semplice?—è privilegio?—è quota di successione?—è diritto compensativo?—è condominio? — è peso? — è diritto attuale di proprietà, risolubile in credito col pagamento del prezzo, o è credito risolubile in proprietà per lo prezzo non pagato?

Se la paragista è esclusa dalla successione, come mai conserva la sua quota fino al pagamento? E se la conserva,

---

* Corte supr. di Napoli, 28 luglio 1835 — Annullamento — Mirelli e Zampaglione.

come il proprietario può aver diritti privilegiati su i beni propri, senza cessare di esser proprietario, e divenir creditore?

Ho cercato una spiegazione in quelle simultanee qualità di *inerenza perpetua del diritto di proprietà nel credito*, *e di quasi occultazione del credito nel diritto di proprietà*, ma ho poi riconosciuto, che quella spiegazione è per me ella stessa inesplicabile.

Se è vero, che la esclusione delle donne dalle successioni, fu l'effetto dello stato delle nazioni de' *tempi eroici*, cioè che i fondi eran riservati ai maschi che potevan difenderli con la spada, mentre alle femine fu lasciato maneggiare *il fuso*, sarà questa un'altra ragione da riprovare l'innesto di quegli statuti col diritto romano de' *tempi civili* *; ed anche meglio per attenersi al diritto nuovo di civiltà progredita, segregandolo dà quei tronchi ugualmente che dagl' innesti, tutti eterogenei.

Un'altra decisione ** adunando e confondendo insieme, diritto romano, statuto, consuetudine della città di Napoli e diritto naturale, rigetta come *grave errore* la definizione di credito — trova nel paraggio *inalterati i diritti di suità e di dominio* — le prerogative e *tutti i privilegj* della legittima, tra quali *primeggia il dominio su i beni tutti* della successione — diritto di legittima e diritto di paraggio *rimangono interi uniti insieme*, ed *uniti insieme* si estinguono, nè possono altrimenti estinguersi che per forza del pagamento del paraggio. In appoggio cita la legge 178, D. *de regulis juris*, che giova qui trascrivere:

» *Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent* ».

Qual rapporto abbia questa regola con le esposte teorie, non ho saputo penetrare. In generale osservo che in giurisprudenza la materia più duttile a covrire sofismi, è quella delle regole di diritto: e ciò per la stessa loro natura di non aver limiti apparenti, ed averne occulti; donde la facilità insieme ed il pericolo della loro applicazione. Spesso, quando non si ha legge a citare, si ricorre alle massime; e noi ne

* *Vico, Scienza nuova, lib. IV* — Meyer, *spirito, origine, e progressi delle istituzioni giudiziarie*, tom. 1, lib. 1 cap.. V — Muller, tom. 1, pag. 298.

** G. C. civ. 1 Cam. 29 gennajo 1834 — Barone e Zampaglione.

abbiam già veduto degli esmpi. Coloro che son teneri pel diritto romano, tutte le volte che son tentati ad usare di quelle regole, dovrebbero non obbliare due saggi avvertimenti, messi in fronte di esse, ed uno ripetuto su la fine:

1.ª *Non dalla regola deriva il diritto; ma dal diritto la regola.*

2.ª *Ogni regola è pericolosa.*

Altro arresto, dopo averci insegnato che cangiare il paraggio in rendita vitalizia non è novazione, ma una *largizione* con riserva di un *godimento* (evita di chiamarlo *credito*) vitalizio, sentenzia che questo » siegue sempre, e colpisce in tutti i punti i diritti trasferiti, *come l' ombra siegue il corpo* » * — Eccovi per tutta ragione una metafora!

I forensi cominciarono dall' abusare di un vocabolo, indi passarono a confrontare, appresso trovaron simili, ed han finito poi per identificare—Forse per fare erede la paragista, e darle una quota in ispecie? no; quel cumolo di diritti o piuttosto vocaboli, pugnanti tra loro nel senso legale e comune, non ha altro scopo che di esimere il paraggio dalla iscrizione. Se si tratta di non iscrivere, è legittima: se si tratta di esigere, è credito. È una delle *fictiones juris*, una delle *tante maschere vane senza subjetti*, che figurano in quel *Poema drammatico serioso* del diritto romano, come ben diceva Vico. Il paraggio si presenta mascherato da legittima, per essere ammesso: dopo ammesso, gitta la maschera, e torna credito. Intanto per questo gioco di parole gl' interessi de' terzi sono condannati a soffrirsi in pace le insidie d' ipoteche occulte o supposte; e non di raro per crediti estinti, e poi per domestica collusione ravvivati. E così l' utilissimo sistema della pubblicità delle ipoteche riceve colpi frequenti di paralisi.

9.° In una quistione di surrogazione, ben semplice, tutta di dominio della nuova legge **, non solo non fu ritenuta più la

---

* 17 gennajo 1839 — *Sanseverino, Recupito e Campolongo.*

** Dopo verificata l'aggiudicazione diffinitiva a favore di uno de' creditori concorsi, si può più esercitare da altro creditore ipotecario il diritto di surrogazione? L'affermativa fu due volte censurata dalla Corte suprema, e la seconda volta a camere unite. I giudici del terzo rinvio si uniformarono alla massima di censura: ma nondimeno sul ricorso del creditore offerente, questa decisione fu anch' essa censurata dalla Corte suprema in camera ordinaria, sostenendo l' antico *jus offerendi* con leggi romane, e con la scuola di Bologna. In grado di quarto rin-

nuova legge per base del terzo giudizio censorio, ma anzi in contraddizione di solenne arresto reso a camere unite, fu riprovata pur anche quella decisione, la quale aveva seguito i principi datile per norma. Questa maniera di giudicare, vera anzicchè credibile, su qual testo pensate voi che fosse stata stabilita? Sopra leggi romane, non colpite *testualmente* (notate quest' altra teoria dell' arresto) dall' abrogazione generale, e soprattutto su la *famosa scuola di Bologna*! — Dall'antinomia de' due arresti stretto l' avvocato generale NAVARRO a prendere un partito, prese, come doveva, il partito della legge, e lo difese con critica, con franchezza, e con energia. Dopo avere escluso il diritto romano, e come abrogato, e come mal inteso, soggiunse:

» Una pazienza, anche maggiore di quella di Socrate si richiede per non adirarsi, nel vedere che nel 1839, quando già da *venti* anni le nostre leggi civili imperano, ed il codice civile, poco difforme da queste, imperato aveva *dieci* anni innanzi, si voglia ricorrere all' *autorità della scuola di Bologna!* * »

La Corte suprema, a camere di nuovo unite, facendo sue le ragioni e la indignazione *santa* del pubblico ministero, vendicò la nuova legge, spense la lite, ed onorò se stessa, ritornando ai veri principî.

10° Se consultiate la giurisprudenza su la nunciazione di nuova opera, troverete un misto di diritto romano, diritto e giurisprudenza francese, e diritto patrio, donde necessariamente confusione ed incertezza nelle azioni e nelle sentenze**.

In breve, il diritto romano non solo si è rinfrancato di quel passaggiero disprezzo che soffrì nella sopravvegnenza del nuovo codice, ma nel concorso essendo riuscito superiore, è asceso a stima forse più alta, che quando imperava egli solo su le persone e su le cose. Tutto ciò che dicevasi in suo favore, prima della riforma, onde impedirla, si va ripetendo, dopo che è fatta, per paralizzarla: ad eccezione di quegli

---

vio, decisione che lo escluse. Nuovo ricorso del creditore: allora avvenne la energica arringa del pubblico ministero cav. NAVARRA (ora Presidente) e l' arresto, cennati nel testo.

* Arresto del 31 settebre 1839 — Contursi e Sarri.

** V. il mio *Trattato su la nunciazione di nuova opera.*

elogi iperbolici, e di quegli anatemi legali, che davanti i lumi del secolo han vergogna di più comparire*.

Non è mancato però chi tra noi avesse notato in molte materie gl' inconvenienti della miscela delle due legislazioni **. Ed il lodato sig. DE THOMASIS in opera postuma diretta a correggere la viziosa maniera d' insegnare il diritto, dopo avere riprovato gli abusi che fanno del diritto romano i professori, gli scrittori ed il foro, dopo aver esaminato da uomo di stato i pregi ed i difetti della compilazione di Giustiniano, non dubitò affermare, contro il parziale vigore delle leggi romane, che *nel fatto non vi è materia concernente il diritto privato che il nostro codice abbia omessa*.

Se non chè desiderava che « da tutta la collezione Giustinianea sceverandosi le inutili cose, si traessero e si ordinassero le poche teoriche e decisioni, le quali non sono estranee a noi, ed al nostro stato sociale, da riguardarle però come consigli, non come precetti « *Quale scelta*, di cui dava alcune norme generali, sarebbe, a suo avviso, *l' unico mezzo di sgombrare la scienza e le scuole da un lusso nocevole, e di torre ad alcuni giudici (se pur ve ne ha) l' asilo nel quale credono rifuggiarsi, allorchè si avvisano di poter impunemente eludere o violare le leggi attuali* ***. E lo propose allo stesso SAVIGNY, allorchè questi venuto a Napoli gli parlò della sua opera storica sul diritto romano nel medio evo. Ma niuno finora ha eseguito quel legato onorevole, non so se per difficoltà a scegliere, o per rincrescimento a rigettare. Se l' autore non fosse stato prevenuto da morte, probabilmente avrebbe egli stesso eseguito il suo progetto: e certamente lo avrebbe prima maturato, come da colloquî che su tal punto io ebbi con lui. Il fatto sta, che ad eccezione di un elenco di molti atti legislativi, da risguardarsi come aggiunte al codice, e di un comentario di alcune voci tecniche, nelle quali cose le scuole hanno accolto le proposizioni del sig. DE THOMASIS; per tutt'altro sono continuati nelle scuole e nel foro i vecchi abusi.

Notava spesso quell' uomo insigne la mania allemanna per

* Possono leggersi in *Berriat* SAINT-PRIX — *Storia del diritto romano.*

** V. le mie *Note critiche sul diritto francese di* TOULLIER, vol. 2 Napoli 1828-1831.

*** Opera citata, p. 353.

le forensi compilazioni storiche, comunicata come per contagio alla Francia. Oltre le opere, che ho citato, eccovi una serie, da lui stesso lasciata da molti anni fa, e che ora si potrebbe aumentare:

» Come si può, dice il sig. *Grimm*, aspirare al nome di Giureconsulto senza conoscere addentro le origini primitive del dritto Germanico? Il sig. de. *Savigny*, non pagò di farci sapere co' suoi 5 volumi sinora pubblicati quale fosse stata l'autorità del diritto Romano in Europa dal XII secolo in qua, ha creduto pregio dell'opera darci notizia de' lavori di *Ugolino*, di *Carlo di Tocco*, di *Accursio*, e della di lui scuola, qualificandoli come precursori di ogni giurisprudenza. Il sig. *Zimmner*, nel terzo volume della sua storia del dritto Romano, non manca di farci sapere, per nostra buona regola, e in lungo e in largo, qual fosse stato il sistema delle azioni e della procedura presso i Tribunali dell'antica Roma. Il sig. *Gaur*, professore dell'università di Berlino, ha pubblicato or ora un terzo volume della sua storia del dritto di successione, e ciò nel fine di raddrizzare te nostre idee su questo punto. Il sig. *Mittermajer*, in un'opera di 1024 pagine, ha creduto utile di farci conoscere tutte le trasformazioni che le leggi de' barbari han sofferto innestandosi al dritto Romano e al dritto canonico. Un altro Giureconsulto di Allemagna, il sig. *Wolker*, ne minaccia di una enciclopedia di dritto, ed ha già dato fuora il suo primo volume. In Francia, i sigg. *Isambert*, *Decrusy*, e *Taillandier* stanno a pubblicare la collezione di tutte le antiche leggi Francesi dall'anno 402 infino al 1789. Il sig. *Bouçenne*, professore in Poitiers, ci fa sperare una storia completa della procedura giudiziaria di tutti i tempi. In Francia ed altrove si moltiplicano ogni giorno le edizioni degli antichi compilatori, e parafrasti del dritto Romano. E finalmente i nostri scrittori patrj in giurisprudenza, per parer anch'essi più dotti de' lor contemporanei, non cessan di ripetere, l'un dietro l'altro, che invano si spera intendere il senso delle leggi attuali senza conoscere le precedenti; e, per dimostrarlo, si studiano di rinvenire in esse i germi di tutta la nuova legislazione, non dissimili da coloro che ne' boschi veggon le navi » — Prefaz. pag. XV.

Intanto **Lerminier** *, dopo aver dato giudizj inesatti di **Macchiavelli**, di **Gravina**, di **Vico**, di **Filangieri**, e di **Beccaria**; dopo avere affermato che tra noi » sparirono col **Pagano** gli ultimi avanzi del fuoco scientifico — che finora l'Italia nulla ha fatto in materia di giurisprudenza — che l'Italia lascia rapirsi monumenti preziosi di storia e di filologia dagli allemanni, e tace — che a giudizio di **Savigny**, in Italia le scuole di diritto languiscono » — esclama poi come per iscuoterci da letargo: **Non si sveglierà' dunque quella regione di legislatori ?**— Ed io: Se per occuparsi di papiri e carta-pecore forensi, dorma pure sonno eterno. Anderem noi *a Roma*, *a piè del campidoglio* (dove l'anima si riempie di grandi memorie) *a chiedere ispirazioni*. . . per disotterrare o diciferare qualche altro frammento, come quelli del *Quem fundum*, e *Quam hereditatem*? Per iscoprire qual era la *bonorum possessio cum re*, e quale *fine re*? Quando il *bonorum possessor* era protetto dal Pretore, *eum Praetor tuetur*; e quando era abbandonato, *eum Praetor non tuetur*? — Che fare se la *bonorum possessio* sia ricaduta a persona che si trova di avere venti altre prima, chiamate tutte alla *possessio*, e che perciò han diritto di escluderla dal possesso da lei preso? A chi realmente sarà devoluta la fortuna del defunto? » ** — Di queste e simili ricerche, tenebrose ed aride, abbiansi tutta la cura e tutto il merito **Hugo** e **Savigny**, coi loro seguaci, allemanni ed anche francesi, se ve n'ha: esse non sono dell'interesse nè del gusto degl' italiani. Nè la gelosia dell' Italia dev' essere per quei tesori cartolarj — Non è quì opportuno esaminare i giudizj e le asserzioni avventurate da **Lerminier** su gl'italiani; ciocchè avrebbe dovuto fare il suo traduttore: forse basterebbe per diffidare de' suoi giudizj, la sola osservazione, che, secondo lui, ciò che alcuni scrittori italiani han detto di buono, è di origine francese; ciocchè vi è di male, è tutto italiano — In quanto poi al silenzio degl' italiani, per ismentirlo basterebbe fra gli altri citare **Calanti**, **Delfico**, **Romagnosi**, **Agresti** tanto lodato dal francese **Sirey**, **Nicolini** (Niccola) che un altro francese chiama *l'aquila del foro napoletano*, ec. Ma se in qualche materia il silenzio sia vero, non è meglio tacere che

---

* *Introduct. à l' hist. gén. du droit*, chap. *xv*.
** *Hugo*, *histoire du droit romain*, *ccxxvii*.

perdersi in vaniloquj? non è meglio fermarsi che retrocedere?

Stando le cose in questo stato, il presidente della pubblica istruzione * tra' progetti da lui fatti di riforme, propose sopprimersi nella università le cattedre di diritto romano, *come non più necessario o almeno non tale da torre il luogo* (come scuola speciale) *ad altre cattedre sul diritto vigente*: Nell' aspetto poi di perfezionamento, il diritto romano entrerebbe, come *necessario elemento storico* del diritto e del suo progresso, nella cattedra di perfezionamento del diritto vigente — Progetto semplice in se stesso, ardito per gli ostacoli, e perciò misura dello zelo, da cui l' autore è animato pel ben pubblico. Come fu ricevuto? come suol essere una riforma da abitudini inveterate: segreto suffragio di pochi, solenne riprovazione di molti. Alcuni han congetturato che il governo non inclinasse ad approvarlo, da che un decreto posteriore ha messo il diritto romano tra le materie legali da proporsi per esame ai candidati per magistratura. Ma se la congettura non abbia altro appoggio, non pare ben fondata, perciocchè, finchè esiste una legge che fa nascere pel diritto antico la distinzione tra materie abrogate e non abrogate, non poteva non doveva il ministro di giustizia proporre al Re la esclusione del diritto romano dall'esame degli aspiranti a magistratura, e ciò oltre del bisogno di consultarlo per fatti anteriori al nuovo codice.**

Una delle ragioni della proposta soppressione delle cattedre del diritto romano fu, *che dopo la publicazione del codice furono abolite tutte le leggi precedenti in vigore*. Ma questa totale abolizione delle leggi precedenti è appunto comunemente negata sulle parole già da noi riferite dalla legge del 21 maggio 1819, uniformi a quelle del decreto del 22 ottobre 1808 e della legge francese del 30 ventoso anno X. Il sig. DE THOMASIS, mentre riconosceva vera in astratto la limitazione messa all' abolizione del diritto romano, la trovava poi nulla nel fatto; dappoichè non avendo il codice omesso alcuna materia concernente il diritto privato, non si verifica mai, secondo lui, il caso di dover ricorrere per sussidio al diritto romano. In questo senso, giusta sarebbe la conseguenza da lui derivata. Ma non ostante la sua autorità, il

* Monsignor Giuseppe-Maria Mazzetti Arcivescovo di Seleucia nel *Progetto di riforme per lo regolamento della pubblica istruzione.*

** Posteriormente è stato confermato nella università lo insegnamento del diritto romano.

foro e le scuole, prendendo spesso le *disposizioni* per *materie*, gli contendono il principio da lui messo, cioè che non esistano nella collezione Giustinianea materie, oltre le trattate nel codice novello. Dunque se il sig. Mazzetti suppone che il legislatore avesse assolutamente abolito le leggi romane, sarebbe in errore. Se poi le crede abolite di *fatto* secondo pensava de Thomasis, allora la soluzione della quistione sta nel confronto dell' una e dell' altra legislazione.

Checchè ne sia, lo stato presente della giurisprudenza non pare che possa approvarsi. Invece di un codice, ne abbiamo due, se codice possa chiamarsi la congestione musaica di Giustiniano. Col diritto romano è rimasto il seguito innumerevole de' suoi interpetri. Dintorno al nuovo codice si è già formata, e va di giorno in giorno ingrossando, una legione di altri interpetri, ed amalgatori del nuovo col vecchio, donde poi un diritto ibrido. In tanta farraggine, divergenza, antinomia, oscurità di leggi e di opinioni, antichissime, antiche e nuove, immaginate se la scienza del giusto possa esser *facile* e *certa*! Sono questi i promessi vantaggi della riforma?. . . Alla fin fine i popoli han diritto di sapere senza ambagi, qual'è la legge a cui debbano conformarsi. La coesistenza di due legislazioni, donde la loro inevitabile collisione, è contro tutti i principî, di ragione, di politica, di economia civile, di educazione pubblica. Mette incertezza ne' diritti, e quindi varietà nel giudicare; presta occasioni o pretesti all' arbitrio; toglie ai giudicati la importantissima opinione di verità e di giustizia; donde con altre cagioni la intemperanza de' gravami, ed altri mali che non fa d' uopo dimostrare.

Niente è più ovvio che l' accusare di questi mali le persone, assolvendone la legge. Facile sarebbe la repressione degli abusi, difficoltosa ma sicura la cura de' pregiudizî, se i pregiudizî e gli abusi non avessero un appoggio, una scusa *legittima*, la quale con la impunità assicurata li promuove e li moltiplica. La scusa *legittima* è in quella abrogazione *parziale* e nel fatto *indeterminata* delle leggi romane. Fra leggi volanti, fatte su la stessa materia, in tempi diversi, secondo i bisogni, il nesso è utile ed anche necessario per la coerenza delle disposizioni, e per prevenire la incertezza e l'arbitrio. Ma per un codice nuovo, fatto di un sol getto, sopra altri principî, sopra piano completo, l' averlo collegato ad

un cumolo di leggi antiche, fu un fallo in legislazione ed in politica. NAPOLEONE però non ne fu complice, nè poteva esserlo quell' uomo di tanta mente, *l' uomo del progresso*, e che vedeva nel codice la sua gloria, piucchè nelle stupende sue concezioni militari. Egli cercò proteggerlo dalle associazioni ed ingombramenti di cui lo vedeva minacciato. Non voleva altre leggi che il codice solo, e per rimanerlo solo, abolirle tutte generalmente ed una volta per sempre. Ma la cosa era troppo semplice, per essere gustata da' forensi, siccome osservò egli stesso. La semplicità di tal progetto fu tenuta per impossibile, per una chimera. Tra le obiezioni che gli fecero, toccarono una corda ben delicata, la quale forse fu decisiva a far lasciare aperti i libri delle leggi antiche *.

Ristrettissimo sembra l' impero rimasto al diritto romano, e dottrinario piuttosto che giuridico. Ma chi non conosce la

---

* Ecco le espressioni di Napoleone, che vuol esser letto in originale:

» Les lois qui sont, en thèorie, le type de la clartè ne deviennent que trop souvent un vrai chaos dans l'application. C'est que les hommes et leurs passions dèteriorent tout ce qu'ils manient, etc. *On ne peut èchapper à l' arbitraire du iuge, qu' en se plaçant sous le despotisme de la loi*.. J' aurais voulu partir d'un point arretè, suivre une route unique, connue de tous; *n' avoir d' autres lois que celles inscrites dans le seul code, et proclamer une fois pour toutes nul et non avenu tout ce qui ne s'y trouveroit pas compris*; mais avec le pratiçiens, il n'est pas facile d' obteuir de la simplicitè; ils vous prouvent d' abord qu'elle est impossible, que c' est une veritable chimère; puis ils essaient de demontrer qu' elle est même incompatible avec la suretè l'existence du pouvoir. Celui-ci demeuréra seul et costamment exposè, disent-ils, aux machiuations de tous, il lui faut donc au besoins des armes en rèserve pour les cas imprevus. Si bien, observait *Napoléon*, qu'avec quelques vieux edits de *Chilperiç* ou de *Pharamont*, detèrres au besoin, il n'est personne qui puisse se dire a l'abri d'être dûment et legalement pendu »

» Au conseil d' Etat, disait l' Empereur, j'etais très fort tant qu'on demeurait dans le domaine du code; mais *dés qu' on passait aux regions exterieures, je tombai dans le tenébres*, et MERLIN était alors ma ressource; je m' en servais comme d' un flambeau. Sans etre brillant, il est fort erudit, puis sage, droit et honnête: un des véterans de la veilè bonne cause: il m' etait fort attacchè »

» A peine le code eut paru, qu' il fut suivi presque aussitôt, et comme en supplement, de commentaires, d' explications, de dèveloppemens, d' interpetrations, que sais-je? Et j' avais coutûme de m' ecrier: *Eh, Messieurs, nous avons nettoyè l' ecurie d' Augias, pour Dieu ne l' encombrons pas de nouveau* » — Memorial de saint Heléne, tome VI, 3 ottobre 1816.

influenza delle dottrine su le leggi ? e di dottrine confuse per sito e per sanzione con le leggi ? chi non sa che il regno della opinione va più oltre delle leggi , e che le stesse leggi per regnare han bisogno di opinione ? Ciocchè lasciavasi al diritto romano , fu e doveva essere imputato ad imperfezione del codice civile; fu e doveva essere ascritto a merito del diritto romano. Il non aver voluto o potuto designare le materie legali e dottrinali , che s' intendeva conservare , gli elogî dati (inopportunamente almeno) al diritto romano *in generale* , nel momento stesso che si donava ai popoli il codice nuovo, le abitudini ed il rispetto per ciò che è antico , l' indole de' forensi di abusar sempre delle leggi , e la larghissima opportunità loro data di abusarne per la comunicazione aperta, anzi raccomandata, al magazzino di Giustiniano, dovevano necessariamente turbare e corrompere la novella legislazione— l' opera di tanta aspettazione , di tanto sangue , di tante veglie e discussioni !!! Ecco come le mezze misure , le transazioni , qualche resto di rincrescimento , tradiscono l' oggetto delle grandi imprese : » *Nil reputans actum , si quid superesset agendum*, era la massima di Cesare Ed un autore celebre nel proporre il piano di un *corpo di diritto*, diceva : » Redazione completa , ecco la prima regola. Tutto ciò che non è nel corpo delle leggi , non sarà legge. Bisogna non riferir nulla all' uso , alle leggi straniere . . . . Il legislatore che adotta , per esempio , *il diritto rsmano* , sa ciò che fa? Può saperlo ? Non è questo un campo eterno di dispute? Non si rende così con una sola parola all' arbitrario tutto ciò che si è preteso di torgli ? Questo amalgama non basta egli solo a corrompfre tutto un codice ? Se si mettano insieme due quantità, l' una finita, l' altra infinita, la somma sarà infinita , è un assioma di matematica »

La separazione vaga, nè fermamente voluta delle due legislazioni ha prodotto effetti presso a poco simili, che tra possessori di fondi contigui che non hanno limiti certi di separazione; meno la differenza che la usurpazione accade sempre sul terreno della nuova legge. Che direste di un giudice che in vece di fissare con termini lapidei i confini de' fondi , si contentasse d' imporre a ciascuno de' possessori il rispetto della proprietà del vicino ? Le sue ordinanze , le minacce , le pene , sarebbero

16

efficaci ? sarebbero giuste ? L' intervento poi del potere legislativo a reprimere gli abusi tutte le volte che gli scoprisse, oltre di essere per se stesso un male, curerebbbe i fenomeni del male, non la cagione. Dunque professando la più viva gratitudine ai lumi ed allo zelo di coloro che hanno offerto all' Europa il miglior codice civile *, bisogna riparare alle conseguenze, da essi non previste o non temute, dell' alleanza del nuovo col vecchio. Bisogna dare alla radice.

V' ha realmente nella compilazione di Giustiniano materie non trattate dal nuovo codice ? — E se vi sono, è utile conservarle come leggi ? — È utile lasciarle sparse, confuse, come ora sono, ovvero segregarle da tutto l' abrogato ? — E segregandole, è utile ritenerle così isolate, o piuttosto incorporarle nel nuovo codice ?

Queste sono le quistioni, dalla cui soluzione dipende la crisi della giurisprudenza. Di esse, la seconda è più importante, l' ultima più difficile. In tutte, meno la prima, il principio normale è la *utilità*, perchè in materia di leggi, come in alcune altre materie, la bontà relativa deve prevalere alla bontà assoluta, o sia la utilità reale all' apparente. Spesso si corre dietro all' ideale, all' utopia, sacrificandole il positivo. Se alcune norme della vita civile, quali sono le leggi, applicate non apportassero utile, o fossero occasione di danno, ciò dovrebbe bastare a rigettarle, qualunque possa sembrare il loro pregio astratto; perchè allora sarebbero norme false o inopportune, cioè non conducenti al fine sociale che è il vantaggio del più gran numero. Più, convien distinguere la utilità che può trarsi dalle leggi romane *meditate* (come da ogni altra legislazione estera) dagli effetti del loro innesto con la legislazione vigente ; in altri termini, distinguere la dottrina dalla legge **. Ed i pregi di lingua di mente e di

* L'esame di ciò che si è fatto, e di ciò che può farsi per perfezionarlo, non entra nel mio oggetto.

** Molti giovani tanto sanno di diritto romano, quanto ne hanno appreso nelle scuole o da qualche comento, ovvero da studio staccato di leggi o titoli, cui nel bisogno sono chiamati a consultare per sostenere o combattere qualche opinione. Quindi è che ne hanno un' idea falsa o inadequata. Se vi è opera che bisogna *leggere in originale e meditare*, è l' opera compilata da *Triboniano*. Gl' interpetri la rappresentano otto certi aspetti, per ciò che non è; non la rappresentano, nè possono

cuore, degli antichi giureconsulti, sarebbero oggetti secondari, da non confondersi con l'applicazione delle loro sentenze ai bisogni attuali de' popoli, ed in concorso delle nuove leggi. E quando anche il nuovo codice, per essere bene inteso ed applicato, avesse avuto bisogno della guida del diritto romano, sarebbe una ricerca subordinata, se *trentadue anni* (tra noi) di tutela scientifica non fossero sufficienti a meritargli la emancipazione.* L'avere obbliato questi principî semplici ha indotto non pochi in erronee opinioni, e li fa ostinati a difenderle.

Ma nello stato presente delle cose, se ben si consideri, tutte le ragioni astratte, poggiate a principî legislativi, sarebbero inefficaci. Così se diceste, che leggi di popolo antico non possono ben regolare popoli presenti, a dispetto delle differenze di lingua, di religione, di governo, di carattere, di costumi, di bisogni, di coltura; vi presenteranno disposti in un sorite — *diritto naturale* — *diritto romano* — *codice civile* — *leggi civili* — E se alle leggi civili seguisse una riforma, allungherebbero il sorite, senza smuovere mai dal secondo anello il diritto romano; *secondo* nell' ordine, *primo sempre* nella influenza e nell' applicazione — Se diceste, che lo *spirito* del nuovo sistema di legislazione non può conciliarsi cogli *spiriti* della collezione Giustinianea, vi danno la conciliazione, anzi che possibile, per fatta, a forza di parziali filiazioni, connessioni, dipendenze, analogie. E queste ed altre illusioni, vere o affettate, insegnate nei libri e nelle scuole, proclamate nel foro, sanzionate da giudicati, favorite in certo modo dalla legge, hanno acquistato una forza, a cui mal si opporrebbero le nude teorie. Tra opinioni che vorrebbero soppresso interamente il diritto romano, ed i clamori di coloro che lo difendono come il palladio della giustizia,

---

ben rappresentarla, per ciò che è. Io credo che dopo uno studio profondo di quella compilazione, non pochi rettificherebbero la opinione che ne hanno.

Per ben conoscere poi quanto abuso si fa del diritto romano, bisogna trovarsi nel foro della capitale; siccome per conoscer bene ed in gran numero i morbi, è necessario frequentare i grandi ospedali.

V. ancora le osservazioni di M. *Massetti* su l'art. 20 del suo progetto.

* Così nella prima edizione del 1741.

la sola voce dell' analisi può far silenzio alle fazioni; chè spirito di parte sembra esser quello che fa guerra alla novella legislazione. Scomporre la collezione Giustinianea, classificarla, esaminarla partitamente nelle sue relazioni con le leggi vigenti: esaminare l' uso le applicazioni che gl' interpreti ed il foro ne han fatto e fanno tuttavia, notare i risultati, tanto nel rapporto del diritto, che dell' interesse universale, per la certezza e mobilità delle proprietà, per lo favore della morale, del commercio, e sopratutto per la importanza di *uno spirito pubblico*, ecco il lavoro preliminare che io credo necessario a ben preparare la decisione sul fato del diritto romano. Allora si può aver diritto di alzar la voce per un voto decisivo. Allora, o l' uno de' partiti convinto da dimostrazioni analitiche, si accheterà (ciocchè è difficile), o piuttosto sarà stretto a seguire lo stesso metodo, per far rilevare l'uno dopo l' altro i sofismi che crederà di essersi commessi. E così nell' urto de' contrarî ragionamenti, la verità si farà strada, e la decisione, preparata e provocata dalla pubblica opinione, non tarderà ad uscire. » *La ragione finisce sempre per aver ragione* »

§. II.

Su le scuole di diritto romano nelle università, e su le scuole di perfezionamento.

Ciò pel diritto romano in generale. Ma per la esistenza delle sue cattedre nelle università, io credo che la cosa debba guardarsi sotto altro aspetto, ed affatto indipendente dalla bontà di quelle leggi.

Il progetto di riforma divide tutta la pubblica istruzione in tre parti: — 1. scuole di primi rudimenti — 2. scuole elementari — 3. scuole di perfezionamento. Questa classificazione non è arbitraria; ella è conforme al corso naturale che deve avere la istruzione; e quindi ha un merito intrinseco ed innegabile, il merito della verità e della semplicità.

Le scuole di *perfezionamento* sono collocate nella università, e quello era il loro posto « Le scuole di perfezionomento, dice il progetto, costituiranno la regia università. Dalla stessa denominazione si conosce quale ne sia lo scopo, quello cioè

di perfezionare gli studi elementari, sì preparatori che facoltativi. Tale perfezionamento si otterrà collo *scandagliare tutta la profondità del sapere proprio della scienza che si professa, abbracciandone il complesso, esaminarne le vicende, notare i progressi che finora ha fatti, e 'l come, notare i progressi che ancora far potrebbe, e per quanto si può, additarne le vie* ».

Dunque nella università non possono aver luogo scuole elementari, senza confonderle colle scuole di perfezionamento, o per dir meglio, senza confondere gli studî progressivi della istruzione. Quando ne' collegî o licei, e nella università fa'e insegnare la stessa scienza, questi stabilimenti non differiscono che di luogo e di nome. Allora la istruzione è stazionaria, non progressiva, quale deve essere, quale è voluta dal corso de' lumi, qual'è voluta dalla natura stessa e dal nome di scuole di *perfezionamento*; nome che ora è in contraddizione col fatto. Nella università non deve insegnarsi la scienza, ma il sublime che possa scovrirsi della scienza, la sua filosofia. La università è l' olimpo delle scuole. Ivi deve trovarsi, come ben desidera il signor Mazzetti, » *Quella sublimità di considerazioni*, che suppone già le perizia delle varie parti della scienza, e presenta quelle *vedute generali e profonde, che un lungo meditare* sul complesso della medesima con uua *gran dose di filosofia* può suggerire, e che possono facilitare i *progressi* di quelle scienze che ne sono suscettibili ».

E venendo all' insegnamento delle leggi, niuna scuola elementare di diritto, nè anche di diritto nuovo, è conveniente alle università. Molto meno la scuola delle istituzioni del diritto romano, nella massima parte abrogato. Le stesse pandette, tuttochè contengano il meglio della collezione di Giustiniano, non potrebbero avervi luogo, sì perchè non debbono aver posto separato dalle altre scienze speciali, come perchè non è il sublime delle pandette che costituirebbe la scuola di perfezionamento, ma sì bene il sublime del diritto, ed il diritto è e dev'esser composto più del nuovo che dell'antico. Aggiungete che la stessa filosofia delle pandette deve cercarsi nel testo, non negli espositori. Dunque, qualunque esser possa la sorte del diritto romano, anzi ammessa la sua utilità, sempre le scuole elementari del medesimo dovrebbero

essere eliminate dalle università. Ivi la loro soppressione è riclamata dalla natura stessa di queste scuole, dalla classificazione dell' insegnamento, dalla naturale costituzione delle università. Non è la sopravvegnenza del diritto nuovo che le elimina: esse non dovevano esservi ammesse, anche quando il diritto romano non aveva competitore. Se vi furono chiamate, e se vi han durato per tanto tempo, deve attribuirsi a quel difetto d'ordine e di classificazione che è stato comune ad altri rami del sistema scientifico e politico; difetto che non è più compatibile con lo stato presente di coltura.

Domando: il diritto romano, considerato qual è nella compilazione di Giustiniano, può essere suscettivo di perfezionamento? Da quel cumolo disordinato ed incoerente di senato-consulti, editti, opinioni, rescritti, costituzioni, prenderne il meglio che sia conveniente ai popoli presenti, ordinarlo ed erigerlo in leggi, ecco tutto l' utile che si poteva ricavarne, e se n' è ricavato. L' estratto può essere perfezionato, non già il fondo — L' una scuola di diritto romano in una università non può essere giammai una scuola di perfezionamento. Sarà sempre una scuola elementare, non degna del titolo di *perfezionamento*, non degna di aver luogo dove il passato non altrimenti deve insegnarsi, se non in quanto giovi al progresso del presente.

Ma sia detto a discolpa insieme, e ad onore dell' Italia. Non è la sola nostra università che ha seguito tal vizioso metodo d'insegnamento. Fin dal 1786 l' illustre FILANGIERI lo trovò comune a tutte le università di Europa, lo denunziò ai dotti ed ai legislatori, e ne propose la riforma. « Il nuovo metodo, egli soggiungeva, dovrebbe essere ben diverso dall' antico. *Il professore di una scienza non dovrebbe insegnarla.* Le sue funzioni dovrebbero essere tutt' altro, e ben diversi i suoi doveri. Il suo ministero sarebbe meno facile, ma più augusto e più giovevole, quando si aggirasse a prestare una mano amica al giovine che implora il suo soccorso . . . . a *presentargli quelle gran vedute che l' uomo superiore e che osserva la scienza nel suo insieme*, somministra sovente a chi lo interroga senza neppure avvedersene.... mostrare sovente ai suoi discepoli *l' istoria della scoverta delle più gran verità*,

che in quella scienza si contengono ; a rilevare loro *i secreti delle invenzioni , per favorirne i progressi* *.

E che sono nello stato presente le università ? una riunione di scuole elementari; e nè anche tutte in alcune università, giacchè invano vi cercate una cattedra di geodesia, una di meccanica celeste, una di analisi *Grangiana*, e qualche altra, che si accostano alle scuole di perfezionamento **. Ammettete per ipotesi(non vera) che in un anno scolastico le lezioni non fossero mai interrotte; è indubitato che tutte quelle lezioni non basterebbero ad apprendere la scienza : non vi è studente che non senta il bisogno di private lezioni. Che impara dunque in una università? meno che nelle scuole inferiori. Sia anche uguale il profitto , non vale la pena di moltiplicare scuole per le stesse lezioni.

Il difetto è nell' organico, e non ne sono esenti le migliori università europee. Avranno maggior numero di scuole, metodo migliore nella scelta de' professori , mezzi d' istruzione più copiosi e più larghi ; ma niuna è fondata secondo le idee di FILANGIERI e di MAZZETTI. Il modello più perfetto di una università, la sua idea archetipa che, secondo un dotto scrittore, è predominante in Allemagna, è così da lui esposta :

» L' oggetto della università è di essere nell' insegnamento la rappresentazione vivente della universalità delle conoscenze umane , di esporre liberamente tutte le scienze ne' loro ultimi principî , e nelle loro relazioni intime come rami dell'albero enciclopedico della scienza generale , e d' iniziare la gioventù alle ultime ragioni delle cose, di elevare i suoi sentimenti con delle vedute superiori che ella trae da quello studio , per renderla non solamente capace di abbracciare una professione scientifica speciale , ma per farne soprattutto *uo-*

* *Scienza della legislazione*, vol. V. lib. IV. cap LI.

** Il Re ha veduto così necessario per la marina lo studio dell' analisi moderna pura ed applicata , che non ha guari per la scelta di un professorei aprì di proprio moto un concorso presso l' Accademia delle scienze , dichiarando la sua decisa volontà che la scelta cadesse sopra di chi fosse *forte in analisi*. E manifestò poi la sua piena approvaziione al retto giudizio dell'Accademia. Anche nell' esame degli architetti si è messa l'analisi moderna pura ed applicata, e la geodesia, per due punti principali di esperimento. Questi impulsi, dati ad un ramo delle matematiche coltivato in poche suole , ma di grandi risultsmenti , onorano la mente del Re, e la onorano tanto più che sono spontanei.

mini generali, atti a colpire i fatti e gli avvenimenti della società nel loro legame, nelle loro cause, e loro andamenti generali, ed a collocarsi così alla testa di tutto il movimento intellettuale, morale, religioso e politico della società. La università che non adempisse a tale oggetto, priverebbe la società della leva più potente di civilizzazione, e snervando la istruzione superiore della gioventù, non ne farebbe che uomini di idee anguste, e che privi di convinzioni su le grandi quistioni che interessano la umanità, spanderebbero la indifferenza e lo scetticismo per tutto ciò che è grande, bello e divino, donde poi la immoralità che è conseguenza inevitabile di un tale stato intellettuale. Un insegnamento universitario indeciso, senza dottrine filosofiche, morali e politiche, sarebbe una calamità che si farebbe presto sentire in tutti gli organi del corpo sociale » *.

In tai pensieri, astrattamente presi, appare senza dubbio qualche cosa di grande e di buono, ma nel fatto sono voti piuttosto che norme. Quale è il mezzo di elevare la gioventù a quel grado di conoscenze e di sentimenti? e soprattutto quale è il mezzo di far dare alla scienza un passo innanti? l'autore non gli ha indicati. E se mai gli attendesse dall'evento della capacità e del buon grado de' professori, lascerebbe la università in quell' insegnamento *indeciso* che egli stesso saggiamente riprova.

» Il perfezionamento (come avverte e dimostra il sig. Mazzetti) non può consistere in un più perfetto metodo d'insegnare ciò che ciascun ramo ha di elementare, e ciò che costituisce il corpo delle dottrine, le quali in ciascuna scienza sono comunemente ricevute . . . Neppure può consistere in una più ampia e più erudita esposizione delle materie » — Che anzi egli la reputa non solo inutile ma dannosa.

Il trascendente di una scienza, dopo che è stato conosciuto, entra tra le materie dell' insegnamento elementare. Tutto ciò che è noto, appartiene alle scuole elementari, l' ignoto alle scuole di perfezionamento. Tutti i sistemi d' istruzione antichi e nuovi, tendono, quale più e quale meno, all' oggetto di perfezionare le scienze. Ma niuno (per quello che

* Cours de droit naturel, ou de philosophie de droit, pag. 430 — Bruxelles 1838.

io sappia) aveva distinto con precisione gli stadi che l'insegnamento deve percorrere; niuno discendendo dalle astrazioni, aveva segnato tracce positive, per le quali far progredire la scienza. Lo stesso FILANGIERI, il quale vide il bisogno di dare ai professori delle università un ministero più nobile, ed indicava loro qualche via di perfezionamento, si arrestò in quel semplice cenno. Ed è notevole che nel corso di più di cinquant' anni dalla sua iniziativa, niuno fra tanti scrittori le aveva dato sviluppo e consistenza. Il merito di aver proposto il primo nelle università l' insegnamento, non delle scienze, ma de' mezzi a farle progredire, è di FILANGIERI. Il merito di aver prefisso e limitato all' insegnamento i suoi tre stadi, e di avere indicato all' ultimo stadio il modo preciso per giungere allo meta, è di MAZZETTI. Il progetto delle scuole di perfezionamento è tutto italiano *.

Vero è che collocata la università nel suo posto culminante, eliminatene le scuole speciali, e chiamata la filosofia ad insegnarvi il sublime delle scienze; i mediocri professori non debbono avere accesso a quelle cattedre. Non basterà aver cognizioni positive di diritto per salire su le cattedre della università. Bisognerà aver lungamente meditato su le leggi e sul loro sistema; avere scoperto i loro oggetti, i vuoti, le abberrazioni, e le vie di raggiungerlo. Le scuole di perfezionamento, dove s' impara meno a stare che a progredire, meno a raccontare che a scoprire ad inventare, comunicheranno alla gioventù uno spirito di osservazione e d' investigazione, il quale è precursore certo di progresso scientifico e morale. E da quelle scuole si può poi sperare giureconsulti filosofi, insigni magistrati, oratori, uomini di stato. E da tal semenzaio aumentarsi sempre più il numero degli elegibili, e gradatamente ottenersi il perfezionamento delle leggi, il perfezionamento del loro insegnamento, la prosperità crescente dello stato, la sua maggior considerazione nell' estero. Le stesse speranze di progresso si avranno per attri rami dello scibile.

* Il piano del sig. MAZZETTI ha avuto un successo europeo, e più ancora lo sviluppo che gli ha dato in altro opuscolo. Gli elogj, che ha riscosso dagli stranieri, sono pubblici e tanti, che io mi dispenso di riferirli.

Ma ritenendovi scuole elementari, e la storica esposizione del diritto, pubblico, civile e penale di nazione antica, che potete sperare? avrete alcuni eruditi che sapranno « *come in Roma gli uomini liberi diventavano servi, e i servi liberi; e quali limiti le leggi* Aelia Sentia e Fusia Caninia *avevano posto alla potestà domenicale; e a chi i romani deferivano la tutela e la cura de' pupilli, e de' minori; e quali forme e solennità accompagnavano i loro matrimonj, le loro donazioni e i loro testamenti; e in quanti modi poteva acquistarsi la qualità di figlio legittimo o adottivo; e qual differenza essi mettevano tra le cose sacre, le sante e le religiose; e di quante specie erano i dominj e la tradizione; e quante parole solenni pronunziavano nelle stipulazioni; e quante paia di azioni essi potevano intentare, ed altre molte cose diventate estranee allo stato della società, ed alla giurisprudenza attuale* *.

Pochi tra quegli eruditi usciranno dalla mediocrità; pochi entreranno in quel laberinto colla face della *critica*, e con un gran fondo di *morale*; due condizioni indispensabili, ma di rado concorrenti. E se in essi si sviluppasse poi mente e cuore tali da sentirsi capaci di produrre il vantaggio dello stato, o di salvarlo da qualche pericolo o calamità, è ben difficile che il germe fosse venuto da cenni storici delle leggi di Roma. I più resteranno pedanti, casisti, contenziosi, eurematici. Ricorreranno, secondo l'uso, al diritto Giustinianeo e sue glosse, come ad un emporio di leggi dottrine ed opinioni, *pro* e *contra*, buone per le cause antiche e per le nuove, e soprattutto per le cattive cause, le quali han bisogno d'inviluppo e di dubbiezze. Da privati mal regoleranno o insidieranno le altrui fortune, suscitando liti ed eternandole. In carica comunicando lo spirito da cui sono dominati, faranno tanto più di male, quanto sarà più estesa la loro influenza, o almeno lasceranno progredire gli errori e gli abusi.

E le lauree, che dovrebbero essere irrefragabili documenti di merito riconosciuto, acquisterebbero maggior credito dalla unita efficacia di due istituzioni proposte dal sig. Mazzetti, cioè delle scuole di perfezionamento, e di un corpo di esaminatori, estraneo a quello di professori — È fiducia ben

---

* De Thomasis, opera cit. pag. XII

fondata che la gioventù obbligata a frequentare quelle scuole dopo gli studî elementari, sentirassi accesa da maggior fervore per le scienze. Ed il giudizio degli esaminatori, liberato da ogni occasione di deferenza, udirà meglio le voci della propria dignità e dell' interesse sociale. Così l'abilità de' candidati, e la severità degli esaminatori concorreranno a conseguire che il pubblico, giudice naturale de' valori di opinione, non sia più ripugnante, come lo è ora, a riconoscere nelle lauree il loro valore nominale.

Ma à professori di merito straordinario i Governi di Europa dovrebbero offrire le cattedre, non aspettare che vengano a domandarle: e meno umiliarli ad un concorso, dubitando che ne sian degni. L' uomo di genio si riconosce facilmente, come la luna fra le stelle, *velut inter ignes luna minores*: le opere da lui pubblicate, il suo modo d' insegnare, il dominio che esercita su la scienza, lo appalesano subito; e la pubblica opinione, che gli precorre innanzi rispettosa, lo indica senza fallo al Governo. Daltronde sia coscienza di dignità, sia modestia, sia giusto ritegno di cimentare la sua riputazione, egli sdegna di misurarsi con giovani audaci, o con uomini intriganti o mediocri, che poco o nulla mettono a rischio, e che anzi reputano glorioso anche il tentativo mancato: *et voluisse sat est*.* Giudici, ordinariamente inferiori di merito e di fama, mancherebbero di criterio a giudicarlo, o con secreta compiacenza si vendicherebbero della sua superiorità. Vico, Cujacio, non furono essi riprovati da giudici di tal fatta, preferendo loro uomini oscuri? Diceva dunque bene il cav. De Luca, che « pregevolissime sono le riflessioni (di M. Mazzetti) sulla inutilità de' concorsi, fatti da per ogni dove e in ogni tempo istrumento di *corruzione e di favore*: chè la pubblica fama di un merito stabilito è norma più sicura e più certa per non fallire **.

Tra noi è più importante provvedere al perfezionamento delle scuole di diritto, poichè dal foro si traggono ordina-

* Aperto qui in Napoli il concorso per la cattedra di dritto penale nella università, dolevasi un giovane del mio studio di non aver compiuto gli studj penali, perchè altrimenti concorrebbe egli pure alla cattedra: la quale poi fu *ben data senza concorso* a Nicolini. Ecco un esempio di arroganza giovanile, e degli effetti de' concorsi nelle università.

** *Progresso*, quad. XXXVIII.

riamente ministri e consiglieri di stato, cioè quelli che tanto influiscono su la felicità de' popoli. Se si dicesse, che senza scuole di perfezionamento, abbiamo avuto scrittori, ministri e consiglieri di stato, illustri, risponderei che rari uomini di genio sono eccezioni alla regola e la confermano. Non deesi aspettare dalla natura la spontanea ma rara produzione di qualche ingegno creatore, ma convien prepararla, ajutarla, onde divenga più feconda. Ed è necessario un semenzaio per lo sviluppamento del genio in tutte le scienze: senza genio, una nazione vegeta, non vive. Aggiungerei che una scuola elementare, se abbia la fortuna di essere occupata da un gran pensatore, si converte in certo modo in una scuola di perfezionamento, per quell' impeto naturale agli uomini di genio che sian chiamati a scuole speciali, di risalire di tempo in tempo alla loro propria regione, la regione degli universali. E ciò avvenne nelle cattedre tenute un tempo dal nostro GENOVESI. Fu da quella scuola che uscì una famiglia d' ingegni superiori, de' quali si onora la storia patria. Ciò avviene ora nelle opere e nella scuola privata del cav. DE LUCA, profondo matematico e geografo. Per lui la geografia ha acquistato un nuovo metodo di perfezionamento, che dopo essere stato sulle prime mal ricevuto, ha finito per essere generalmente adottato. Per lui la statistica ha acquistato un calcolo di divinazione di felice successo. Da lui aspettano le matematiche una riforma negli studj: siccome a lui è debitrice *l' antica scuola italica*, per averle rivendicato la gloria della scoverta delle *sezioni coniche*, dell' *analisi geometrica* e de' *luoghi geometrici* *: La fama, pervenuta all' altro emisfero, ha fatto di là partire una distinta decorazione a segnalare il suo merito. Ma ciò che fu, è, e può essere opera accidentale di un uomo, si propone che venga da istituzione, e saggiamente perchè, « *gli uomini passano, le istituzioni restano* ».

* Rivendicazione che era stata promessa da COCO nelle *Appendici* al suo *Platone in Italia* (*Appendici*, XIV) ma infelicemente i manoscritti, che sviluppavano questa e molte altre materie difficili ed importanti, furono gittati in un pozzo, donde furono ricuperate poche carte e malconce.

JULIEN, membro dell' istituto storico in Parigi, avendo mosso qualche dubbio vago su le ragioni storiche e matematiche, esposte dal *De Luca* in favore dell' antica scuola italica, costui le mise in tanta luce nella sua risposta, che fu forza riconoscerle.

La riforma delle università è una di quelle istituzioni le quali, al dire di BECCARIA, aspettano unicamente il cenno del potere, per diffondere nella società beni inestimabili. Darle moto, sarebbe già un titolo di onore, e di riconoscenza pubblica. Io nel desiderare che tutte le università fossero rilevate dalla loro organica degradazione, vorrei che in questo paese, donde uscì e si sparse per Europa e per America la prima voce, lungamente ed ancora infruttuosa, di una necessaria riforma, e dove alla riforma sono state ora proposte norme sagge precise ed efficaci, quì si desse pure il primo segnale di esecuzione. Allora la università diventerà, quale deve essere una suprema scuola, *la scuola filosofica delle scienze.*

GIOVANI, che vi date allo studio delle leggi, spetta a voi di consolidare l' impero della nuova legislazione, contro le aggressioni del pregiudizio, dell' idealismo, dello spirito di parte. Non aspettate che io vi richiami dallo studio del diritto romano; che anzi ve lo inculco, affinchè lo apprezziate come scienza, lo applichiate come legge in qualche materia (se ve n' ha) che non sia trattata dal nuovo codice, lo rigettiate come scienza o come legge, dove la ragione o il nuovo codice lo respinga. Come potreste, senza conoscerlo, sostenere a fronte di lui i vantaggi delle leggi nuove ? Ma dovete cercarlo nell' originale, non nelle infedeli relazioni degl' interpetri: e dovete meditarlo con critica, e con morale coscienziosa. Se non avete arte critica, non lo aprite quel libro; entrereste in un laberinto senza filo conduttore. Non potreste discernere i suoi pregi ed i suoi difetti : nè potreste confondere coloro che esaltano il suo merito, covrendo le sue imperfezioni, e soprattutto i mali della sua applicazione. Senza morale, oltre che ne uscireste più pervertiti, sareste indegni di appressarvi a qualunque deposito di leggi, indegni di servire alla giustizia da avvocati, da magistrati, da professori.

Non dimenticate mai il rispetto che dovete alla religione : il rispetto della religione è un criterio di sapienza, siccome il disprezzarla è argomento di stoltezza.

Non v' impongano i consigli, i rimprovveri, i sarcasmi degli antiquarj. Impotenti per languore di forze fisiche o morali, ad imprendere nuovi studj, o mossi da ipocrisia civile

a contrariarli, amano rimanersi *statu quo*, e vorrebbero farvi rimanere le generazioni presenti e le future : anzi vorrebbero far retrocedere il tempo e le cose. Ma la corrente del secolo, come il fato, *volentem ducit, nolentem trahit*. Ed essi stessi marcianò loro malgrado in avanti, gli occhi volti sempre all' indietro.

FINE.

GIUDIZJ DATI SU L' OPUSCOLO PRECEDENTE.

I.

Estratto dal Giornale , *l'* EQUILIBRIO , *n°* IV *del* 1841.

L' opuscolo che annunciamo benchè di piccola mole racchiude interessanti dottrine. Franco n' è il dettato , sodi ed energici i ragionamenti , e l' autore con quella chiarezza che nasce da superiorità di sapere , prova ad evidenza l' assunto propostosi. Lo scopo cui mira non è meno nobile che giusto, e perchè sia raggiunto, speriamo, pel bene della patria, che tutto vi concorra — Con diligente brevità espone i fenomeni morali sorti per la riforma delle leggi nei tempi rivoltosi della repubblica francese , ed il favorevole accoglimento accordato in sul principio alla novella legislazione. Mette in vista le ragioni che dappoi ne mossero l' avversione, nascente dagli interessi offesi di alcuni , e dall' odio politico contra la rivoluzione, e poscia contra il codice civile, riguardato *come opera* , *benchè tarda* , *della rivoluzione e del temuto conquistatoso che gli diede il suo nome*. E quì con potenza di critica e con analisi rigorosa esamina la riforma , ne loda il progresso, e censura con equità l'ingiusto discredito procuratole da' vecchi forensi , soverchiamente attaccati alle antiche leggi o per abitudine o per ignoranza o per privato interesse. E questo spirito anti-progressivo , in ciò che riguarda il nuovo codice , andò tant' oltre che a ragione egli dice : *fuvvi più di un magistrato che non solamente si fece scrupolo di leggerlo* , *ma non voleva sentirlo citare dagli avvocati*. — Mostra che le due legislazioni si han voluto confondere: si è creduta la seconda figlia della prima fino a dire *essere il nuovo codice un estratto e spesso indigesto del diritto romano ;* donde l'abuso di applicare l' antico anche in ciò che nel novello soltanto è preveduto. Nel confronto l'autore fa ravvisare potentemente l'errore , che speriamo distrutto dalle radici ; e tale speranza ci allieta qual certezza , vedendo con che zelo il dotto Presidente dell' Istruzione pubblica , Monsignor MAZZETTI , caldeggia l' importantissimo carico a lui affidato. — Svolge con profondo discernimento la opposizione de' principî tra le Scuole

ed i Tribunali, ne fa rilevare le dannose conseguenze, ed a buon dritto sclama con voce robusta e filantropica contro questo male oggidì ancora esistente tra noi. Scende a particolari dettagli intorno oscure, intricate e sconvolte teorie, ed un pò più si ferma sulla materia del *paraggio* che tratta da sommo nel sapere del giureconsulto. In fine propone dei rimedî all' uopo valevolissimi. Ma noi non togliamo carico di parlarne diffusamente, perchè diffidiamo di saper presentare, come egli espone, le sue belle vedute, e perchè temiamo che scarsa sia qualunque lode per noi gli venga, quando non viene corroborata da quella del Pubblico, che certo gli procurerà la lettnra del suo libro. Egli nel proporre i rimedî parteggia della opinione del DE THOMASIS; e conformandosi pure alla sapiente riforma progettata dall' egregio Monsignor MAZZETTI, appoggia quanto da lui si propone su tal particolare per far cessare inveterati e perniciosi abusi. E noi prendiamo occasione da ciò per asserire con sentita compiacenza che la piena esecuzione di un sì onorevole progetto, diffondendo la istruzione in tutte le classi del popolo, a tenore del proprio mestiere, ravviverà presso di noi l' energia delle menti, l'amore del sapere; e ridestando così l' addormentato valore italiano, non tarderemo a vedere il nostro bel paese in fatti di coltura, di ogni maniera, eguale alle altre civilite nazioni europee, e non degenere dall' Italia antica.

CIOLFI.

II.

Estratto dal LUCIFERO *n° 48, gennajo 1843.*

Il diritto Romano, che per la robustezza de' concetti, per la esattezza delle deduzioni logiche, e più di tutto per la preveggenza degli avvenimenti umani, bene è stato chiamato *ragione scritta*, ha governato quasi la intiera Europa per mille e più anni. In un' epoca in che le nazioni, o non aveano un codice proprio, o i costumi conservavano tuttavia per una specie di religione i dettati della romana giurisprudenza, come supplimenti ai codici nazionali, imperfetti troppo per causa di tempi, non era cosa sconcia farsi guidare dalle decisioni di quella legge sacra per l' antichità. Ma oggi in quelle nazioni stesse che hanno un corpo di leggi

scritte, *uno* pei principî, *esatto* per la conformazione di essi ai bisogni attuali de' popoli, oggi pur si ricorre per abitudine alle leggi del popolo conquistatore, e non solo quando nelle leggi patrie non rinviensi letteralmente risoluto il dubbio che sorge, ma allora eziandio, chè lo è stato; quasicchè le nuove leggi avessero bisogno del diritto Romano per essere obbligatorie. Tanto può sulla mente degli uomini una istituzione addivenuta per più secoli e per più popoli regola di condotta!

Che lo studio del diritto Romano sia necessario per addentrare nella scienza della legislazione, specialmente per lo elemento storico, chi mai può richiamarlo in dubbio? — Ma che poi si debba preporre ai codici nuovi, ecco ciò che alcuni non concedono. Sono oggi le relazioni sociali quali erano 1800 anni in dietro? Lo spirito umano è dannato a rimaner stazionario? Le umane istituzioni non ammettono miglioramento.? — In tutto il tempo che il mondo è stato e sarà, un' epoca sola di sapere avrà l' Altissimo segnata nella vita degli uomini? . . . . Son queste le dimande, che si fanno ai partigiani assoluti del diritto Romano. E si aggiunge: un codice, che non è se non la raccolta di opinioni di diversi uomini, emesse sotto l' influenza di diversi costumi, di diversa filosofia, di diversa politica, di diversa religione, non che di diversi pregiudizî, qual vantaggio può avere sopra un codice sanzionato in un punto, alla formazione del quale è concorso tutto un popolo, co' lumi di tutto il mondo, colla esperienza di tutte le età? — Dove è più agevole ritrovar conoscenza di principî, semplicità ed ordine nella sposizione e scelta delle materie, nel primo, o nel secondo?

A quei poi, che senza sconoscere i nuovi codici, non sanno pertanto separarli dal diritto Romano, per mostrare quali inconvenienti procedano da un attaccamento troppo cieco ad esso, *non come elemento di scienza*, *ma come regola di condotta*, alcuni uomini caldi di amore per lo progresso, e pel bene delle società, hanno alzata la loro voce, ed hanno fino alla evidenza provato, come è incomportevole la simultaneità delle vecchie colle nuove leggi e per i principî e pe' risultati. Altri sono iti più oltre, e praticamente hanno analizzato l' uso che si è fatto delle leggi Romane nel Foro,

nelle Corti, nelle scuole, e sono arrivati a questo risultamento: hanno scoverto avere i codici moderni, pel cieco attaccamento al diritto Romano, perduto il loro credito, anzi gran parte della loro forza giuridica. Indi hanno rilevato, che con tal procedimento, i trattati intervenuti sotto la fede delle nuove leggi, le quali per la semplicità de' concetti, e per la lingua patria in che si scrivono, sono alla conoscenza del numero maggiore, e di quelle persone che soprattuto hanno bisogno di una norma, vennero violati; i dritti acquisiti annullati; le idee della proprietà e della personalità adombrate di colori dell' austero carattere aristocratico delle istituzioni di Roma; ed in tal maniera fatto ritorno donde si era partito, alla oscillazione cioè in cui era giaciuta l' Europa per tanti secoli tra la fiducia nelle antiche, ed il bisogno delle nuove istituzioni, e riaperto il campo alla scaltrezza de' furfanti, e all' arbitrio de' giudici.

Su queste vedute è scritto il libro che annunziamo, piccolo di mole, ma non così per le cose che contiene. Non è la prima volta, che il sig. DE MARTINO entra in questo aringo. Quando nel 1828 lavorava sulle *note critiche al diritto civile* del TOULLIER (opera da pochi conosciuta, ma da questi pochi grandemente valutata) ei rivolse tutte le sue cure a richiamare l'*attaccamento alla legislazione vigente*, e non omise occasione per discutere di proposito i principî del diritto Romano, in confronto con quelli delle leggi civili; onde da tal paragone procedesse il disinganno di tutti quei che stimano potere supplire, o interpetrare le leggi nuove colle antiche, e sostituire le une alle altre indifferentemente: questo intento venne annunziato nelle prime pagine di quell' opera. « Ciocchè diceva d' AGHESSEAU (del diritto romano) dovea essere utile all' epoca » che egli vivea, quando la Francia avea tante legislazioni » difformi, estere e patrie. Ma dopo la riforma delle leggi » è giusto di consultare ancora, e per tutti i casi, le leggi » romane? . . . È utile? . . Io discuterò in dettaglio questo punto nel corso delle note » — E così fece.

Oggi ne dona questo libricino, che può dirsi continuazione de' primi lavori: se non che, come allora svolse teoricamente, seguendo il metodo dell' autore che annotava, oggi praticamente disvela gli abusi del diritto Romano nel Foro, nelle Corti, e nelle scuole. Ei accenna di volo il bisogno che sen-

tiasi di un codice genérale più semplice, più coordinato, di quello che un dì governava la Francia e l' Italia : il momento favorevole che ebbe la Francia, per esaudire i voti de' popoli ; il fine che si propose il legislatore ; gli ostacoli che incontrò nel pubblico ; i motivi che ebbero gli amatori del diritto Romano a difenderne l' impero ; la lotta che successe tra i diversi partiti ; la sorte del diritto Romano nelle diverse epoche; la vittoria che riportò alla fine per opera de'dottori, de' giudici, delle scuole; in ultimo l'abuso che di esso si è fatto. Segue questa prima parte del lavoro, un voto per le scuole di perfezionamento, comentando il progetto del chiarissimo Monsignor Mazeetti. Forse ciò sembra estraneo all' obietto che ebbe l' autore nel suo libro ; ma egli che segnava un mezzo come studiare il diritto Romano, per poterne usare nella *scienza del dritto*, ebbe un facile addentellato a toccare di questa altra bisogna.

Lo stile del libro è vibrato — una pudica erudizione entra a rifermare i suoi concetti, ed a rendere amena la discussione. L' autore mostra di sentire le cose che spone, e di sentirle di buona fede — Ei lascia i pregiudizî e siegue la ragione in un modo franco — La critica è severa, ma temprata di decoro, e di riguardi dovuti alle Corti, alle scuole, agli scrittori, e specialmente al secolo — Questi pregi dell' opera, di unita all' utile delle quistioni che sonovi trattate, sembrano titoli bastevoli per renderla degna di lode.

Luigi Capuano

III.

Giudizio di un giudice di Gran Corte civile.

» L' opuscolo su gli abusi del diritto romano è scritto con molto sale e con sublimità di pensieri. Esso è uno de' pregevoli parti dell' ingegno dell' autore, per cui è stato ammirato da me e da altri.

» Divido con l' autore la opinione che sia un abuso il ricorrere alle leggi romane, quando la materia è preveduta dalle nuove leggi. Pare però che non possa farsene di meno, laddove le nuove serbassero silenzio, ovvero ammettessero per

la loro oscurità interpetrazione. * Sì nell' uno come nell' altro caso sarebbe pericoloso il far dipendere il destino delle cause dell' illimitato arbitrio del giudice. Ricordo l' aforismo di *Bacone* » *Optima lex est*, *quae minimum relinquit arbitrio judicis*; *optimus judex*, *qui minimum sibi* » Perchè in simili rincontri non consultare la giurisprudenza romana, la quale è basata su la esperienza di tanti secoli, ed è stato il risultato delle meditazioni di gravi giureconsulti sopra il cuore ed i bisogni dell' uomo, e sopra le collizioni col suo simile? *Posteriores leges ad priores pertinent*, *nisi contrariae sint*, dice una delle leggi che si vorrebbero all'intutto abolire **

« Il bandire totalmente dai tribunali e dalle scuole l' insegnamento delle leggi romane, sarebbe lo stesso che ritenere una legislazione imperfetta: Il codice civile è pria di tutto sfornito di definizioni, e di regole fondamentali. Non vi è paragone tra gli 8 articoli delle disposizioni preliminari e le 211 massime contenute nel Digesto sotto il tit. *De regulis juris* *** Nulla vi dico della spiegazione delle voci, delle quali si occupa l' altro tit. *De verborum significatione*, e delle concinnate definizioni messe ne' rispettivi luoghi della collezione delle leggi romane, mal congegnata per altro »

« Se abbominio voglia aversi delle Istituta, del Codice e delle Novelle, meritano senza dubbio di essere apprezzate le Pandette, aureo monumento della sapienza romana.

Non essendo d'altronde vero in fatto che nulla siasi omesso

---

* Quando una legge del nuovo codice avesse bisogno d'interpetrazione, è regolare prenderla da altre sue disposizioni e dal suo spirito, anzi che dall'abolita compilazione di Giustiniano—V. le mie *note critiche* al *Toullier*, tomo 1 pag. 2 a 4.

** Sopra questa legge vedete ciò che ho detto pag. 215 e 239. Per giudicare se sia utile un nesso tra il diritto romano ed il diritto nuovo, mal si cita una norma di quel diritto medesimo che è in controversia. Del resto quella norma riguarda il rapporto tra leggi di una stessa legislazione, non già tra due legislazioni diverse. Per quanto è saggia la ragione del nesso tra leggi dello stesso codice, altrettanto è assurda tra leggi di codici diversi, per li principj necessariamente diversi, e spesso contrarj. Gli esempj di abusi, che ho esposto nell' opuscolo sul diritto romano, e nel *Trattato su la nunciazione di nuova opera*, nascono appunto dall'aver voluto trovare un nesso tra le due legislazioni, il quale non esiste, non può esistere, non deve esistere, se potesse.

*** Si ripete qui ciò che ho riferito pag. 212. Vedete su le regole di diritto, pag. 232.

nel nuovo codice civile per darsi luogo all' abolizione del dritto romano, dovrebbe pensarsi prima alla compilazione di un codice più vasto, che riempisse non solo le lacune delle materie non previste * ma che per le previste desse una estensione alle disposizioni concepite in termini troppo generali. Adottabili in ciò sarebbero le teorie della legislazione romana, sceverandosi per altro da tutto ciò che mal si concilia coi moderni costumi, e col nostro stato sociale » **

» Le parti dal nuovo codice, che meno avrebbe bisogno di tale riforma, sono le leggi penali, quelle di procedura in entrambi i rami, e le leggi di commercio »

» Le incoerenze che l' autore nota nelle diverse decisioni, derivano, a mio modo di vedere, meno dall' abuso del dritto romano, che dallo sragionamento de'giudici, e dal non sapere innestare l'antico col nuovo dritto » ***

» Aquila 21 dicembre 1843.

---

* Se si facesse il confronto delle *materie* (non già delle *disposizioni*) del diritto romano con quelle delle leggi civili, probabilmente si troverebbe vera la proposizione del cav. De Thomasis. In quanto poi al significato delle voci tecniche del diritto, ciò appartiene alla dottrina piuttosto che alla legge: ma se dovesse farsi tal dizionario, dovrebb' essere italiano, e secondo l' attuale significato delle parole, di che diede un saggio lo stesso autore.

** Io credo che quanto più la legge discenda a particolari, tanto meno sia perfetta. Il forte è di concepirla in termini così generali che comprenda la massima parte dei casi. Riportare i casi alla regola, o sia trovare a quale regola appartenga una data specie, ciò è nel dovere del giudice, dovere che non può bene adempire, senza posseder bene l'arte di ragionare.

*** Convengo che gli errori de'giudici vengono piuttosto da difettosa conoscenza della logica, anzi che della legge. Ma non si deve fare un codice a metà: non si deve lasciare al giudice la facoltà indeterminata o la occasione d'innestare il nuovo col vecchio, e tanto meno, *se*, *quando*, e *come* gli aggrada. Contro l' arbitrio di tali innesti va meglio applicata la prima parte dell' aforismo: *Optima lex est, quae minimum relinquit arbitrio judicis*, Vedete le mie osservazioni pag. 259.

IV.

Estratto dell'opera dal prof. MITTERMAJER: *Dei progressi della scienza del Diritto in Italia.*

Allorchè lo riforma legislativa sopravvenuta in Italia in seguito dell' abolizione dei Codici francesi, ebbe fatto sentire in questo paese il bisogno di riprender lo studio del diritto romano, quasi abbandonato sotto la dominazione straniera, molti uomini distinti per sapere e per amore del pubblico bene suscitarono la quistione di conoscere, qual sarebbe il modo più inducente di trattar questo studio. Si sentì che il metodo seguito nello studio dei Codici indigeni, non era affatto soddisfacente.

Nelle università i giovani consumavano la maggior parte del loro tempo nello studio del dritto Romano, immaginandosi che ciò bastasse per formare un perfetto giureconsulto.

L' opinione, che riprova la Codificazione, e riguarda la conoscenza del dritto Romano come sufficiente, avendo anch' essa trovato il cammino dell' Italia, non era cosa rara il vedervi giureconsulti considerar con disdegno le leggi emanate nella loro patria, interpetrarle unicamente per mezzo del diritto Romano e far violenza a' principî di questo dritto per farlo figurare da per tutto nelle sentenze de' tribunali. Lo studio delle leggi indigene era spesso seguito con indifferenza, come oggetto d' una importanza secondaria. Alcuni uomini amici della loro patria, s' afflissero per simile stato di cose e per le consegneuze funeste, che era d' uopo temere nell' amministrazione della giustizia. L' autore di quest' articolo à inteso uomini altamente collocati in Italia, lamentarsi amaramente della falsa direzione, che prendeva lo studio del dritto nella loro patria, e della mancanza di una istituzione solida e pratica su questa parte.

Il Cavaliere DE THOMASIS in Napoli (*introduzione allo studio del dritto pubblico e patrio*) avea levate, da lungo tempo, le medesime lagnanze, biasimando soprattutto la preminenza accordata al dritto Romano nelle università, la inconseguenza de' piani di studio, il cattivo costume d' introdurre a preferenza negli esami controversie Romane, e di scegliere quistioni antiquate pe' concorsi a' premj.

Quanto al tempo presente l' Arcivescovo **Mazzetti**, uomo distinto per la nobiltà del suo carattere, per la sua dottrina e pel suo zelo scientifico, à fatto risentire la importanza della quistione di sapere, in quale estensione lo studio del dritto Romano debba esser continuato e mantenuto nelle università? Secondo il Piano di questo dotto uomo, che abbraccia tutta la istruzione, e che è sparso di un gran numero di osservazioni pratiche, d'importanti e sublimi pensamenti, la facoltà di diritto verrebbe composta di cinque cattedre, 1ª del dritto civile, 2ª della procedura civile; 3ª del dritto e della procedura penale; 4ª del dritto pubblico, 5ª dell' economia politica e della filosofia statistica. Si noti che secondo questo piano non vi è alcuna Cattreda sul dritto Romano. Nelle note che accompagnano il progetto M. Mazzetti fa consistere l' uffizio dell' insegnamento giuridico in ciò che a riguardo di ogni dottrina e col soccorso di profonde e solide ricerche filosofiche, esso dovrà tendere ad esaminare i principî, che presiedono alle leggi positive, esistenti nella patria, a paragonar questi principj con quelli, che riguardo alla stessa dottrina regolavano il dritto romano, a paragonarli inoltre tanto con le leggi e costumi anteriori del paese, quanto con le prescrizioni analoghe delle più importanti legislazioni straniere; finalmente a segnalare i miglioramenti che la legislazione del paese ha subito, dando opera specialmente a far risplendere le quistioni di un esame filosofico, e soprattutto proprio a far avanzare la scienza del dritto. L'autore non vede la necessità d' una cattedra a parte per l' insegnamento del dritto Romano. Egli fa avvertire in appoggio di questa opinione che le leggi anteriori, e con esse il dritto Romano, trovansi abolite da' codici attualmente in vigore; che senza voler negare che il dritto Romano racchiude tesori di sapienza giuridica, i principî di questo dritto ripugnano frequentemente alle nostre abitudini ed a' nostri bisogni; una conoscenza meramente scientifica dell' antichità essere infruttuosa; e ciò che del dritto Romano è applicabile a noi, e per conseguenza degno d' imitazione, essere stato di già messo a profitto dalle nuove leggi del paese. D' altronde l' autore rigetta come erronea l' opinione, secondo la quale le leggi esistenti non potrebbero essere interpretate che mediante il dritto Romano: egli fa osservare che il professore, il quale inse-

gna il dritto civile, potrà, nella spiega del codice, citare e far valere tutti quegli sviluppamenti contenuti nel dritto Romano, che potran servire a far comprendere il vero spirito del Codice, ed a preparare la sua giusta applicazione.

Un altro scrittore napolitano, il sig. DE AUGUSTINIS, è presso a poco dello stesso avviso. Egli ammette che nelle università si debba impiegare un certo tempo nello studio del dritto Romano, il quale intanto non sarà considerato e trattato, che come una storia del dritto, uno studio preparatorio e tecnico, e non già come un dritto vigente e formante legge. Ricordando il tempo e la pena, che costa lo studio del dritto del suo proprio paese a colui che voglia con successo applicarvisi, il sig. DE AUGUSTINIS nota le conseguenze funeste di uno studio troppo esclusivo e d'una eccessiva predilezione sul dritto Romano, di modo che raramente trovansi giudici ed avvocati, formati nella pratica, e finanche l'interpretazione delle leggi del paese soffre per questa forzata ed erronea applicazione del dritto Romano, la quale è divenuta un abitudine.

La quistione vien trattata di una maniera quasi simile in uno scritto recente * del sig. MARTINANGELO DE MARTINO, (*sugli abusi del dritto Romano etc.* Napoli 1842.) L'autore è compreso di venerazione pel diritto Romano, ma egli segnala gl'inconvenienti che emanano dalla sua inconsiderata applicazione, e dal valore che si continua a dare eziandio dopo la pubblicazione del novello Codice, a' principii ed alle istituzioni di quel diritto, che non sono stati punto sanzionati dalla nuova legge. Ma egli oppugna nel tempo stesso la opinione del DE THOMASIS, il quale rigetta il dritto Romano, per la ragione che non esiste veruna dottrina di diritto privato che sia stata sufficientemente dal novello Codice determinata. Egli si dichiara ancora contro la ragione allegata da M. MAZZETTI per l'allontanamento del diritto Ro-

* Da questo modo di dire si potrebbe arguire, che il mio scritto fosse stato posteriore a quello del sig. DE AUGUSTINIS, mentre fu tutto l'opposto, come feci avvertire nell' *Avviso* premesso alla prima edizione, ora ristampato a pag. 208, e come fu allora generalmente riconosciuto, e dallo stesso sig. DE AUGUSTINIS. Son costretto a ripeterlo, perchè il sig. *MITTERMAIER* non l'ha avvertito.

mano dell' insegnamento universitario, cioè che tutte le leggi anteriormente in vigore sieno state abolite dal Codice vigente. L'autore dimostra che nella controversia sul valore pratico del diritto Romano, si è troppo seguito il sistema di considerare questo diritto, qual raccolta di leggi, invece di riguardarlo qual risorsa dottrinale.

Non può dubitarsi che comunque stimabili sieno le vedute dall' Arcivescovo MAZZETTI, e comunque debba rendersi ogni giustizia alla nobiltà de' sentimenti che han dettato il suo progetto di riforma, del quale nel suo insieme ci dichiariamo sinceri ammiratori; pure avuto riguardo alle condizioni presenti della scienza del diritto, e particolarmente al modo con cui in Allemagna essa suole oggi considerarsi, non si possa tranquillamente convenire nell'idea di bandire assolutamente dalle università l' insegnamento del diritto Romano.

Secondo la nostra intima convinzione, la solida e completa istituzione del giovine non potrebbe essere attinta dalla semplice spiegazione delle leggi del paese, anche allorquando il professore sviluppasse a fronte di ciascuna disposizione la prescrizione corrispondente del dritto Romano. Seguendo questo metodo, lo studente acquista la conoscenza di dottrine isolate del dritto in quistione senza comprendere il *legame* che le unisce ed i *generali principj dominanti* cui esse si rannodano. Ma ciò non basta: Per iniziare il discepolo nello *spirito* del dritto Romano, egli è mestieri esporglielo nel suo *svolgimento interno e progressivo*, cosa affatto impossibile, ove non se ne faccia oggetto d' un insegnamento particolare. L' utilità di un simile insegnamento non può essere incerta, se si consideri non solo esser la *sorgente* ove quasi tutte le disposizioni de' nostri Codici sono state attinte, ma dovere il suo studio approfondito necessariamente esercitare lo spirito del giovine, renderlo abile all' applicazione ed alla soluzione delle quistioni di dritto, fornirgli ne' giureconsulti Romani eccellenti modelli, e nell'abbondanza de'casi particolari ammassati nelle raccolta dal dritto Romano, un fondo prezioso di materiali per l' applicazione del dritto e della legislazione positiva.

Verrà il tempo in cui considerando il dritto Romano *non come un codice, ma unicamente come mezzo dell' educazione scintifica*, il suo studio sarà apprezzato giusta la sua vera portata, e disposto e trattato nell' unico scopo di formar pratici

giureconsulti ; ed in cui, per conseguenza, non si avrà più la presunzione di credersi uomo perfetto nel dritto, senza esser versato nel dritto Romano. Intanto tutti gli Stati d' Italia sono al presente d' accordo nel considerar come indispensabile una cattedra a parte per l' insegnamento del dritto Romano : mentre tali cattedre trovansi stabilite in tutte le università di questo paese »

Osservazioni del De Martino.

1. Trovo sensata la riflessione del sig. Mittermajer contro al metodo d'insegnare il diritto romano, confrontandolo partitamente con le nuove leggi. Aggiungo che l'insegnamento comparato di due legislazioni, e generalmente di due scienze affini, non si può nè si deve fare, se non dopo che l' apprendente abbia acquistato piena conoscenza dell' una e dell' altra scienza che si mettono a fronte; non potendo altrimenti veder bene i loro rapporti e le loro differenze.

2. Nella compilazione di Giustiniano composta di materiali eterogenei, è impossibile trovare *un solo spirito* : gli stessi giureconsulti, le cui opinioni formano il Digesto, eran divisi da spirito di setta, il quale faceva spesso divergerli nelle opinioni, donde una delle cagioni di antinomia. Le varie forme di governo, a cui quel popolo fu sottoposto, impressero nelle leggi e nelle loro interpetrazioni (convertite poi in leggi) fisionomie diverse. L' occhio del filosofo vede animata quella compilazione dà *varj spiriti* e spesso contrarj, e vede con rincrescimento alcuni de' migliori giureconsulti romani adattarsi al tempo, e parlare il linguaggio del tempo : linguaggio che infelicemente fu poi elevato a legge, e che ha avuto tanta influenza ne' popoli sopravvenuti. E questo è uno dei motivi che mi han fatto dire, esser necessario il concorso di due condizioni per intendere il dritto romano, critica e morale nel senso esteso.

3. Avrei desiderato che il sig. Mittermajer avesse valutato la ragione principale, per la quale M. Mazzetti vorrebbe escluso dalle università l' insegnamento del diritto romano, non in modo assoluto, ma come scuola *elementare*, ugualmente che sarebbero escluse le scuole elementari delle altre scienze. Nella cattedra poi di perfezionamento del diritto, il

professore dovrebbe necessariamente tener conto del diritto romano; come principale *elemento storico*, nel rapporto al perfezionamento della legislazione vigente. Indicare i mezzi come far progredire le scienze, e cercarli dovunque, nel passato e nel presente, ecco L'UNICO E GRANDE OGGETTO DELLE SCUOLE DI PERFEZIONAMENTO: idea che M. MAZZETTI ha meglio sviluppato nel secondo suo opuscolo, che merita di esser meditato. E nulla ha detto il sig. MITTERMAJER su le ragioni che io aggiunsi per comento di quell' utilissimo progetto.

4. Che tutti gli Stati d' Italia sian d' accordo nel considerare come indispensabile una cattedra a parte del diritto romano, ed anche nelle università, ciò non deve far peso: così doveva accadere per l' ordine stesso delle cose. Ma io non dispero che verrà finalmente il tempo che in Italia l' insegnamento del diritto romano sarà tolto da' pubblici stabilimenti scientifici, lasciandolo alle scuole ed a studj privati, o almeno sarà eliminato dalle università, dove la cattedra di diritto romano mi pare così mal collocata, come quella di geometria elementare. Ecco la sorte di tutte le verità che urtano pregiudizj, o interessi parziali: avere sul principio pochissimi fautori, molte opposizioni ed ostinate, indi comincia un oscillazione *pro* e *contra*, indice di aumentato favore, per le verità, e foriero di prospero evento, finchè sorge finalmente a proteggerle il suffragio invincibile della pubblica opinione, ciocche avviene quando è già riconosciuta generalmente la loro utilità. Allora tutti gli ostacoli spariscono, ed è tale il trionfo della verità, che farà meraviglia come siasi potuto per tanto tempo oppugnarla. L' insegnamento di ARISTOTILE ne fu un esempio.

5 — Il sig. MITTERMAIER, a quel che pare, si tiene tra la scuola storica e la filosofica, delle quali vorrebbe unire i vantaggi: lodevole temperamento, se potesse avere successo. Augurandosi che verrà tempo, in cui il diritto romano sarà considerato, *non come un codice*, *ma come mezzo di educazione scientifica*, viene con ciò a riconoscere che la presente giurisprudenza è nello stato di abberrazione. Ma il tempo che egli aspetta, verrà? potrebbe venire, purchè si cessasse di reputare il diritto romano come *sorgente.* Senza questa condizione, si continuerà ad attingere dalla sorgente piuttosto che dal suo

rivo. E nel risalire alla sorgente, farà sempre d'uopo attenersi, come avverte egli stesso, *al legame che unisce le dottrine*; *ai generali principj dominanti a cui esse si rannodano*; *al suo svolgimento interno e progressivo*. Ciocchè a buon conto significa, che l'impero del diritto romano continuerebbe ad essere *reale*, e conseguentementel' impero de' nuovi codici sarebbe sempre qual è, *nominale*. Ed in vero se la utilità principale del diritto romano si fa consistere appunto nell' essere *sorgente* del diritto nuovo, e quindi norma d' interpetrazione e di applicazione del diritto nuovo, come mai potrà verificarsi la condizione per l' arrivo di quel tempo, che forma l' oggetto della benigna aspettazione di MITTERMAJER, cioè che il diritto romano sia considerato, non come *un codice*, *ma come mezzo di educazione scientifica*? Come *sorgente*, sarà sempre *codice*; sarà codice in fatto, se non in diritto. E la esperienza di tanti anni, dovunque il diritto romano è collegato col diritto nuovo, ha confermato, e conferma questa verità.

FINE DEL VOLUME.



